



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

PEDRO AURÉLIO AZEVEDO LUSTOSA

**RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS SOB A PERSPECTIVA DO ARTIGO 28 DA LEI
DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO – LINDB**

MONOGRAFIA

BRASÍLIA/DF

2019

PEDRO AURÉLIO AZEVEDO LUSTOSA

**RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS SOB A PERSPECTIVA DO ARTIGO 28 DA LEI
DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO – LINDB**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto

BRASÍLIA/DF

2019

FOLHA DE APROVAÇÃO

PEDRO AURÉLIO AZEVEDO LUSTOSA

**RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS SOB A PERSPECTIVA DO ARTIGO 28 DA LEI
DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO – LINDB**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto.

Aprovado em: ____ de junho de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto
(Orientador – Presidente)

Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão
(Membro)

Prof. Me. Daniel Vieira Bogéa Soares
(Membro)

Prof. Dr. Lucas Rocha Furtado
(Suplente)

AGRADECIMENTOS

É com imensa satisfação e felicidade que concluo esses cinco anos e meio de estudos na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. A experiência acadêmica foi marco definidor na minha vida, possibilitando convívio e aprendizado com profissionais de alto nível e colegas exemplares.

Inclusive, sem essas pessoas, os anos cursados em Direito não teriam sido os mesmos. Por isso, passo a tecer meus sinceros agradecimentos a todos aqueles que fizeram parte dessa trajetória.

À minha mãe, Cláudia Karina de Azevedo Lustosa, pelo apoio incondicional e por ter sempre acreditado em minhas escolhas. Foi seguindo seus conselhos e sua sabedoria que pude iniciar o meu próprio caminho acadêmico e profissional. Não existem palavras suficientes para expressar meu amor e gratidão.

Ao meu pai, Aurélio Belas Lustosa, por vibrar com cada conquista e me confortar nas derrotas. Sua inteligência e sua perspicácia foram capazes de encontrar até as soluções mais ocultas. Não há alguém cuja palavra tenha maior peso.

À minha avó, Janeide Maria de Azevedo Araújo, por ter participado de toda a minha criação e formação desde o nascimento, protegendo-me de todos os males com seu zelo e carinho.

À minha irmã, Lara Azevedo Lustosa, capaz dos melhores conselhos e das mais genuínas risadas. Sua companhia alegrou os jantares mais tardios e atenuou os momentos de maior dificuldade.

À Mariana de Saboya Furtado, minha melhor amiga e indispensável companheira. Sua ternura e dedicação tornaram a vida mais prazerosa. Também agradeço por ter me auxiliado de forma tão solícita e competente na revisão deste trabalho.

Ao Professor Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, estimado professor que me introduziu ao direito administrativo, pelos brilhantes ensinamentos durante a graduação e por ser meu orientador de monografia.

Ao Professor Lucas Rocha Furtado, admirado mentor, pelos pertinentes apontamentos e pela ajuda no aprofundamento deste trabalho.

Aos meus queridos amigos, Ana Carolina Medeiros, Anna Corrêa, Antônio Rafael, Barbara Cosme, Bruna Magalhães, Daniela Serra, Cassiano dos Santos, Eduardo Sánchez, Elisa Moraes, Filipe Senna, Gabriel de Souza, Gabriel Motta, Gabriela Moraes, George Margalho, Gustavo Vieira, Heloisa Lohane, Julia Cecchele, Lucas Marques, Luiz Philipe Spricigo, Matheus Barra, Matheus Martins, Natalie Lima, Nathália Silva, Rodrigo Wanderley, Samuel Sousa e Valéria Vânia, pelo apoio e carinho.

Ao Rodrigo Faria, dedicado amigo, pelo auxílio na obtenção dos textos e artigos que vieram a compor a bibliografia deste trabalho.

À Vitória Damasceno, estimada amiga e colega de trabalho, pelas orientações e pelas importantes sugestões de aprimoramento ao texto deste trabalho.

Ao Luiz Paulo Azevedo, querido primo, pela amizade e por estar presente desde o início da minha trajetória acadêmica.

Aos meus colegas do escritório Piquet, Magaldi e Guedes Advogados, Alana Abílio, Amanda Seabra, Ana Mattos, Antonio Coutinho, Arthur Guedes, Ary Pacheco, Caroline Rodrigues, Eduarda Torres, Gilberto Gomes, Guilherme de Paula, Guilherme Magaldi, Jéssica Loyola, Leda Cartaxo, Marina Novetti, Mateus Paulo, Rafael Paiva e Suzana Pereira, pelo convívio e ensinamentos.

Aos membros da Advocatta, empresa júnior de direito da UnB, por algumas das melhores experiências da graduação.

Obrigado!

FICHA CATALOGRÁFICA

Lr	<p>LUSTOSA, Pedro Aurélio Azevedo</p> <p>Responsabilização de Agentes Públicos sob a Perspectiva do Artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB / Pedro Aurélio Azevedo LUSTOSA; orientador Tarcisio Vieira de CARVALHO NETO. -- Brasília, 2019.</p> <p>80 p.</p> <p>Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de Brasília, 2019.</p> <p>1. Direito Administrativo. 2. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. 3. Artigo 28 da LINDB. 4. Responsabilização de Agentes Públicos por Dolo ou Erro Grosso. I. CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de, orient. II. Título.</p>
----	--

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

LUSTOSA, Pedro Aurélio Azevedo. (2019). **Responsabilização de Agentes Públicos sob a Perspectiva do Artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB**, Monografia Final de Curso, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 80 p.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E DEMOCRATIZAÇÃO DA ATIVIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	12
1.1. ORIGEM E ASPECTOS EVOLUTIVOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO	13
1.2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	14
1.3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO	16
1.3.1. REDEFINIÇÃO DA IDEIA DE SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE PRIVADO.....	17
1.3.2. VINCULAÇÃO DO ADMINISTRADOR À CONSTITUIÇÃO E NÃO APENAS À LEI ORDINÁRIA.....	19
1.3.3. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO	21
1.4. DEMOCRATIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA	23
2. A TRAJETÓRIA LEGISLATIVA BRASILEIRA ANTERIOR À LEI Nº 13.655/2018 (LEI DA SEGURANÇA PARA A INOVAÇÃO PÚBLICA)	25
2.1. PROCESSUALIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E A LEI Nº 9.784/1999 (LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO).....	26
2.1.1. PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO GARANTIA CONTRA INVESTIDAS ARBITRÁRIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	29
2.1.2. ANULAÇÃO, REVOGAÇÃO E CONVALIDAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS.....	30
2.1.3. ABERTURA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À AMPLA PARTICIPAÇÃO DOS ADMINISTRADOS	32
2.2. ALTERAÇÃO DE ABRANGÊNCIA DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL (LICC) E SURGIMENTO DA LINDB	32
2.3. LEI Nº 13.105/2015 (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)	34
2.4. CENÁRIO DE RETROCESSO EM TERMOS DE SEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO PÚBLICO	35
3. ARTIGO 28 DA LINDB E SEU PAPEL NA BUSCA POR INOVAÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA NA ATUAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS.....	37
3.1. CRIAÇÃO DA LEI Nº 13.655/2018 (LEI DA SEGURANÇA PARA A INOVAÇÃO PÚBLICA).....	38
3.2. INOVAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI DA SEGURANÇA JURÍDICA PARA A INOVAÇÃO	39
3.3. QUADRO DE INSEGURANÇA JURÍDICA E O “APAGÃO DAS CANETAS”	43
3.3. ARTIGO 28 DA LINDB	45
3.2.1. “AGENTE PÚBLICO”	48
3.2.2. “DECISÕES OU OPINIÕES TÉCNICAS” E A DISCUSSÃO ENVOLVENDO A RESPONSABILIZAÇÃO DE PARECERISTAS.....	49
3.2.3. “DOLO OU ERRO GROSSEIRO”	51
3.4. CRÍTICAS EM RELAÇÃO AO ARTIGO 28 DA LINDB.....	54
3.4.1. INCOMPATIBILIDADE COM O ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	55
3.4.2. AMBIENTE PROPÍCIO AO SURGIMENTO DE GESTORES RUINS	57
3.4.3. CONFLITO COM A LEI Nº 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA).....	58
3.4.4. DESNECESSIDADE DO ARTIGO 28 DA LINDB PARA AFASTAR O CRIME DE HERMENÊUTICA	59
3.5. COMPATIBILIDADE DO ARTIGO 28 COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	60
3.6. PERSPECTIVAS PARA O FUTURO E O DECRETO Nº 9.830/2019.....	61
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS.....	71

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), incorporado a esse diploma por força da Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública), traçando considerações atinentes à sua aplicação e compatibilidade com o ordenamento jurídico, assim como realizando prognóstico acerca das perspectivas para a sua implementação no cenário brasileiro. Foram analisadas, nessa ordem, a constitucionalização do direito administrativo e a democratização da atividade administrativa, a trajetória legislativa brasileira anterior à Lei nº 13.655/2018 e, por fim, o artigo 28 da LINDB e seu papel na busca por inovação e segurança jurídica na atuação de agentes públicos.

Palavras-chave: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. LINDB. Lei nº 13.655/2018. Artigo 28. Responsabilização. Agentes Públicos. Decisões. Opiniões Técnicas. Dolo. Erro Grosseiro.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze article 28 of the Statute of Introduction to the Rules of Brazilian Law (“Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – LINDB”), incorporated into this law by virtue of Law 13.655/2018 (Law on Safety for Public Innovation), drawing considerations related to its application and compatibility with the legal system, as well as forming a forecast concerning the prospects for its implementation in the Brazilian scenario. The investigated aspects were, in this order, the constitutionalisation of administrative law and the democratization of administrative activity, the Brazilian legislative trajectory prior to Law 13.655/2018 and, lastly, article 28 of the LINDB and its role in the quest for innovation and legal certainty in the performance of public agents.

Keywords: Statute of Introduction to the Rules of Brazilian Law. “LINDB”. Law 13.655/2018. Article 28. Accountability. Public Agents. Decisions. Technical Opinions. Intent. Gross negligence.

LISTA DE ACRÔNIMOS

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CPC – Código de Processo Civil

DL – Decreto-Lei

PL – Projeto de Lei

PLS – Projeto de Lei do Senado

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

MPU – Ministério Público da União

MS – Mandado de Segurança

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TCU – Tribunal de Contas da União

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), incorporado a esse diploma por força da Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública), traçando considerações atinentes à sua aplicação e compatibilidade com o ordenamento jurídico, assim como realizando prognóstico acerca das perspectivas para a sua implementação no cenário brasileiro.

Considerando esse objetivo, partir-se-á da concepção clássica do direito administrativo, que, influenciada pelo advento do Estado Democrático de Direito, vem sofrendo um processo de constitucionalização e de democratização, resultando na alteração de conceitos clássicos da disciplina e na busca por bases mais legítimas e democráticas para a atuação da Administração Pública.

Diante dessas alterações na disciplina do direito administrativo, será delineada a decorrente trajetória legislativa que deu ensejo à edição da Lei de Segurança para a Inovação Pública.

Iniciando-se com a inserção de ideias democráticas no processo administrativo por meio da Lei nº 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo), os próximos marcos legais dessa trajetória foram a alteração de designação da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) para LINDB, por força da Lei nº 12.376/2010, e a reestruturação do Código de Processo Civil pela Lei nº 13.105/2015.

Isso posto, será explanado o cenário de retrocesso em termos de segurança jurídica que resultou dessa trajetória legislativa e que deu ensejo à criação de uma norma geral introdutória destinada a esse ramo do direito, consubstanciando-se na Lei nº 13.655/2018.

No âmbito da Lei da Segurança para a Inovação Pública, serão apresentadas algumas das inovações introduzidas por meio desse diploma, fazendo destaque àquela voltada para impedir injusta responsabilização de agentes públicos em caso de revisão de suas decisões (artigo 28).

No âmbito do mencionado artigo 28 da LINDB, dissertar-se-á sobre um dos fenômenos que justificou sua criação, o titulado “apagão das canetas”. Para isso,

serão apresentadas as condições que justificariam a ocorrência desse fenômeno e os questionamentos acerca de sua existência.

Em seguida, será abordado em detalhe o referido dispositivo, explanando seus objetivos e os conceitos jurídicos que o constituem. Além disso, far-se-á uma ambientação das discussões e das críticas que permeiam o artigo 28 da LINDB, apresentando, em seguida, possíveis soluções e justificativas para essas questões.

Diante dessas constatações, será abordada a compatibilidade desse dispositivo com as lógicas doutrinária, legislativa e jurisprudencial que permeiam o ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, realizar-se-á um prognóstico acerca das perspectivas para o futuro do artigo 28 da LINDB, apresentando argumentos e indícios para a sua aplicação ou não no âmbito dos órgãos de controle.

1. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E DEMOCRATIZAÇÃO DA ATIVIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O intento deste capítulo é delinear a base estruturante de temas e de conceitos essenciais para a compreensão do presente trabalho, buscando apresentar as ideias norteadoras da evolução do direito administrativo brasileiro e fundamentais à trajetória legislativa que culminou no cenário de criação da Lei nº 13.655/2018.

Em razão desse objetivo, parte-se da concepção clássica do direito administrativo para demonstrar que, com o advento do Estado Democrático de Direito, essa disciplina sofreu incentivos para que percorresse um processo de constitucionalização, pondo em xeque alguns de seus antigos paradigmas em vigor no Brasil. Paralelamente, houve também um movimento no sentido de se incorporar institutos democráticos na atuação da Administração Pública, dando espaço para a participação popular na atividade administrativa e em seu controle.

1.1. ORIGEM E ASPECTOS EVOLUTIVOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O direito administrativo deve suas origens à produção legislativa, doutrinária e jurisprudencial francesa durante o século XIX, que resultaram na consolidação de uma disciplina administrativa assentada na autoridade do Estado, na atuação por meio de atos administrativos unilaterais e executórios, no poder discricionário do administrador, na proteção do interesse público, na jurisdição administrativa e na estrutura estatal hierárquica, dentre outros temas.¹

A construção da dogmática administrativa, portanto, estruturou-se em premissas teóricas voltadas para a preservação da autoridade estatal, que, ao adotar uma jurisdição administrativa paralela e infensa à justiça comum, condicionou-se pela autovinculação do Poder Executivo à sua própria vontade e imune ao controle dos demais poderes e dos cidadãos.²

Isso posto, ao contrário das demais disciplinas do direito público, a construção teórica administrativista não necessariamente decorreu do advento do Estado de Direito ou da afirmação histórica do princípio da separação dos poderes, mas, sim, de uma “tensão dialética entre a lógica da autoridade e a lógica da liberdade”.³ Essa característica contribuiu para o surgimento de aspectos paradoxais no direito administrativo, como explica Binenbojm, resultando em uma disciplina vinculada às concepções constitucionais, filosóficas e políticas em vigor à época de sua criação, sofrendo alterações mínimas e até mesmo paradoxais.⁴

¹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 30-31.

² BINENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./mai., 2008.

³ *Ibidem*, pp. 1-3: Apesar da existência de tendência evolutiva no direito administrativo que aponta para o incremento das formas de controle progressivo da atividade administrativa pelos cidadãos, essa tendência não é “constante, progressiva e unilateral”, uma vez que se combina com estratégias de “fuga à rigidez das formas e às restrições legais à liberdade decisória da Administração”.

⁴ *Ibidem*, pp. 2-5: Um desses aspectos paradoxais seria, por exemplo, o deslocamento do direito administrativo do direito constitucional, mantendo o primeiro alheio às mudanças do segundo. Além disso, outro paradoxo da disciplina administrativista seria a discricionariedade do gestor público como “não-submissão” à legalidade, quando se pretendia submeter integralmente a atividade administrativa à legislação.

Conforme será demonstrado a seguir, todavia, o advento do Estado Democrático de Direito evidenciou a notável defasagem do direito administrativo frente à evolução filosófico-jurídica pela qual percorreu o restante do direito público.⁵

1.2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Partindo do pressuposto que o Estado Democrático de Direito é o mais atual paradigma⁶ constitucional,⁷ Tarcisio Vieira de Carvalho Neto⁸ elucida o contexto anterior ao seu surgimento:

As transformações que marcaram o surgimento do Estado Social de Direito, que sucede o Estado Liberal, não garantiram o atendimento de numerosas e complexas exigências sociais. De certo insucesso do Estado Social na tentativa do bem-estar comum, despontaram correntes que conferiram à preocupação estatal originária conteúdo inovador, pendente à realização via Poder Público da divisada justiça social, inclusive por meio de participação popular no processo político, em decisões de governo e no controle da Administração Pública.

Isso posto, o modelo do Estado Democrático de Direito sobrevém com justa legitimidade, abrangendo a justiça material (Estado de Direito) e a participação popular (Estado Democrático).⁹

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito administrativo de espetáculo**. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun., 2009.

⁶ Segundo Thomas Kuhn (**A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 1997, p. 13), o conceito de paradigma remete às “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”.

⁷ Sobre os paradigmas constitucionais, Menelick de Carvalho Netto (**Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. Revista de direito comparado, Belo Horizonte, v. 3, pp. 473-486, 1999) delinea a evolução do Estado Democrático de Direito a partir dos paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social.

⁸ CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 7.

⁹ *Ibidem*, pp. 7-10.

Sobre os conceitos componentes desse novo paradigma, Carlos Ari Sundfeld¹⁰ define “Estado de Direito” como:

[...] o criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado.

Já no tocante do Estado Democrático, conforme leciona Odete Medauar, na metade do século XX surge a preocupação com uma democracia mais completa, transpondo o limiar da eleição de representantes para também se expressar na tomada de decisão dos eleitos.¹¹

Por conseguinte, Medauar¹² firma o seguinte entendimento sobre o Estado Democrático:

O componente democrático traz à mente, de imediato, a ideia de “governo do povo para o povo”. Ou seja, o termo “democrático” é habitualmente associado aos aspectos de formação do governo, ao modo pelo qual são escolhidos aqueles que tomam as decisões em nome do povo. A esse enfoque ligam-se os diversos mecanismos pelos quais se ampliam as possibilidades de participação do povo na escolha dos governantes: extensão do direito de voto, formação de partidos políticos, igual acesso aos mandatos representativos, por exemplo. Esta é a chamada democracia de investidura.

Apesar de conciliar Estado Democrático e Estado de Direito, José Afonso da Silva afirma que o Estado Democrático de Direito “não consiste apenas na reunião formal dos elementos desses dois tipos de Estado”,¹³ mas trata-se, em verdade, da “criação de um conceito novo, que leve em conta os conceitos dos elementos

¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do direito público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 38-39. Além disso, Sundfeld (*Ibidem*, p. 36) firma que o Estado de Direito vem para substituir o superado Estado-Polícia, no qual “o poder político era exercido sem limitações jurídicas, apenas se valendo de normas jurídicas para se impor aos cidadãos”.

¹¹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 24.

¹² *Ibidem*, p. 24.

¹³ SILVA, José Afonso da. **O estado democrático de direito**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 173, pp. 15-24, jul., 1988, p. 15.

componentes, mas os supere na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo”.¹⁴

No Brasil, o marco inicial desse paradigma é o artigo 1º da CF/88,¹⁵ quando prevê a organização da República Federativa do Brasil em “Estado Democrático de Direito”, irradiando os “valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também, sobre a ordem jurídica”.¹⁶

O movimento de constitucionalização do direito administrativo brasileiro surge nesse contexto.

1.3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Para Gustavo Binzenbojm, as transformações pelas quais passou o Estado moderno e o advento do Estado Democrático de Direito contribuíram para agravar “o descompasso entre as velhas categorias e as reais necessidades e expectativas das sociedades contemporâneas em relação à Administração Pública”.¹⁷

Nesse sentido, Binzenbojm¹⁸ coloca a seguinte constatação acerca da dogmática administrativista clássica:

A velha dogmática do direito administrativo é reconhecidamente autoritária, do ponto de vista político, inconsistente, do ponto de vista teórico, e ineficiente, de um ponto de vista pragmático. Tais vícios, reproduzidos em momentos históricos distintos pelo mundo afora, convergem agora, no Brasil, para um momento de inflexão teórica que se poderia caracterizar como uma crise dos paradigmas do direito administrativo brasileiro.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **O estado democrático de direito**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 173, pp. 15-24, jul., 1988, p. 21.

¹⁵ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]” (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: 05 out. 1988).

¹⁶ SILVA, José Afonso da. **O estado democrático de direito**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 173, pp. 15-24, jul., 1988, p. 21.

¹⁷ BINZENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./mai., 2008, p. 6.

¹⁸ *Ibidem*, p. 60.

Essa “crise” coloca em xeque alguns paradigmas clássicos dessa disciplina no Brasil, dentre eles: (i) o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; (ii) a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei; e (iii) a intangibilidade do mérito administrativo.¹⁹

Em virtude disso, constata-se que a superação desses paradigmas reside no movimento de constitucionalização do direito administrativo,²⁰ isto é, na “irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais”²¹ sobre a atividade da Administração Pública.

Nessa mesma linha, Luís Roberto Barroso alerta que, no âmbito da constitucionalização do direito administrativo brasileiro, deve-se considerar a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para o direito administrativo, a sequência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro e a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias da disciplina administrativa.²²

Gera-se, dessa forma, a necessidade de reavaliar a aplicabilidade de diversos paradigmas tradicionais do direito administrativo, tema elaborado nos tópicos a seguir.

1.3.1. REDEFINIÇÃO DA IDEIA DE SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE PRIVADO

A ideia de supremacia do interesse público em relação ao interesse privado foi consagrada por Celso Antônio Bandeira de Mello, quando afirma tratar-se de um

¹⁹ BINENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./mai., 2008, pp. 6-7.

²⁰ *Ibidem*, p. 7. Da mesma forma, Regina Maria Macedo Nery Ferrari (**A Constitucionalização do Direito Administrativo e as Políticas Públicas**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, pp. 271-290, abr./jun. 2010) esclarece que “quando se trata da constitucionalização do direito administrativo o que se encontra (...) é a incidência direta dos princípios constitucionais, no campo da atividade administrativa e em seu entorno”.

²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 18.

²² BARROSO, Luís Roberto. **A Constitucionalização do Direito e suas Repercussões no Âmbito Administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, pp. 31-63, 2012, p. 47.

“verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público”, visto que estabelece “a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último”.²³

No âmbito do direito administrativo clássico, essa concepção justificaria a declaração da existência de supremacia do interesse público, pois resultaria do “conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem”.²⁴

Contudo, a CF/88 instituiu um sistema de priorização de direitos fundamentais – tidos como essencialmente particulares –,²⁵ remetendo à ideia de interesse público firmado na “disposição constitucional dos direitos fundamentais em um sistema que contempla e pressupõe restrições ao seu exercício em prol de outros direitos, bem como de metas e aspirações coletivas de caráter metaindividual”.²⁶

Mesmo considerando a distinção entre interesse público primário – “interesse da sociedade, sintetizado em valores como justiça, segurança e bem-estar social” – e interesse público secundário – “interesse da pessoa jurídica de direito público (União, Estados e Municípios), identificando-se com o interesse da Fazenda Pública, isto é, o erário” –, não poderia o interesse público secundário “desfrutar de supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular”.²⁷

Nesse contexto, à luz do Estado Democrático de Direito, impera a necessidade de ponderação entre o interesse público e o particular quando esses entram em conflito, devendo serem considerados os elementos normativos e fáticos do caso concreto necessários ao atingimento do resultado menos gravoso.²⁸

²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 69.

²⁴ *Ibidem*, p. 61.

²⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 128.

²⁶ BINENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./mai., 2008, p. 36.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A Constitucionalização do Direito e suas Repercussões no Âmbito Administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, pp. 31-63, 2012, p. 49.

²⁸ Dissertam sobre esse tema: BINENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./mai., 2008, pp. 12 e 36-37; BARROSO, Luís Roberto. **A Constitucionalização do Direito e suas Repercussões**

Assim, partindo da conclusão de que o interesse público só pode ser alcançado após um processo de ponderação entre os interesses envolvidos, não é coerente aferir a supremacia *a priori* do interesse público sobre o particular, uma vez que o resultado dessa ponderação – o interesse público – sempre vai prevalecer.

1.3.2. VINCULAÇÃO DO ADMINISTRADOR À CONSTITUIÇÃO E NÃO APENAS À LEI ORDINÁRIA

A visão tradicional do direito administrativo entende a atividade administrativa como submissa ao princípio da legalidade,²⁹ pois “administrar é aplicar a lei de ofício”.³⁰

Para Gustavo Binenbojm, essa concepção “corresponde à visão tradicional da legalidade administrativa como uma vinculação positiva à lei”.³¹

Esse entendimento se justificaria, enquanto a Administração submete-se à lei, o poder se tornava objetivado, no sentido de que obedecer aos comandos da Administração se traduzia no mesmo que obedecer à lei, não à vontade instável da autoridade.³²

Com a crise da lei formal e o colapso do Estado de Direito,³³ tem-se também a chamada “crise da lei administrativa”,³⁴ que permitiu a superação da ideia

no Âmbito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas.** Belo Horizonte: Fórum, pp. 31-63, 2012, p. 49; e MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 128.

²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 960.

³⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário.** 7. ed. (atualizada por Gustavo Binenbojm) Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 3.

³¹ BINENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./mai., 2008, p. 12.

³² MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 117.

³³ Menelick de Carvalho Netto (**Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.** Revista de direito comparado, Belo Horizonte, v. 3, pp. 473-486, 1999, pp. 478-480) entende que a crise da lei formal (ou do Estado Liberal) se deu pelo fato de a atividade mecânica de aplicação da lei resultou na negação prática das ideias abstratas previstas na lei.

³⁴ Como explica Gustavo Binenbojm (**A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./mai., 2008, p. 37), a crise da lei administrativa é “uma manifestação setorial e potencializada da crise da lei formal”.

de legalidade administrativa como limitação externa ao exercício do poder estatal (vinculação negativa à lei)³⁵ e delineou a concepção de que, enquanto aos particulares é dado fazer tudo que a lei não proíbe (vinculação negativa), ao Poder Público só se permite agir nos termos prescritos pela lei (vinculação positiva).³⁶

Após o estabelecimento do Estado Democrático de Direito, e com o fenômeno da constitucionalização do direito administrativo, tem-se a superação da ideia de vinculação positiva do administrador à lei, que seria o fundamento único e último da atividade administrativa,³⁷ abrindo o caminho para a atuação do administrador com fundamento direto na Constituição e independente, na maioria dos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário.³⁸

A Constituição, enquanto sistema de regras e princípios, passa a constituir o cerne da vinculação administrativa à juridicidade³⁹ e o princípio da legalidade se torna “princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem”.⁴⁰

Em virtude dessa compreensão, Gustavo Binenbojm⁴¹ considera a juridicidade administrativa a partir da interpretação de princípios e regras constitucionais:

[...] a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas

³⁵ A ideia de legalidade administrativa como limitação externa ao exercício do poder estatal decorreu dos ideais liberais do Estado de Direito.

³⁶ BINENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./mai., 2008, pp. 37-38.

³⁷ *Ibidem*, p. 38.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **A Constitucionalização do Direito e suas Repercussões no Âmbito Administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, pp. 31-63, 2012, p. 50.

³⁹ BINENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./mai., 2008, p. 38.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A Constitucionalização do Direito e suas Repercussões no Âmbito Administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, pp. 31-63, 2012, p. 50. Também sobre esse tema, Gustavo Binenbojm (**A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./mai., 2008, p. 38) entende que o chamado princípio da juridicidade administrativa passa a “designar a conformidade da atuação da Administração Pública ao direito como um todo, e não mais à lei”.

⁴¹ BINENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./mai., 2008, p. 15.

pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).

Nesse contexto, as regras e os princípios constitucionais passam a delimitar a atuação da Administração Pública, superando o entendimento clássico de que a atividade administrativa deve ser vinculada de forma positiva à lei.

1.3.3. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

A noção clássica da discricionariedade administrativa circunda a ideia de que o “controle judicial do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos de legalidade do ato (competência, forma e finalidade) e não do seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática”.⁴²

Além disso, vigorava o entendimento de dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário⁴³ como critério de controle judicial da atuação administrativa.

A CF/88 e o estabelecimento de uma juridicidade administrativa,⁴⁴ contudo, colocaram essa visão em vias de ser superada, pois a incidência de regras e princípios constitucionais sobre os atos administrativos não diretamente vinculados pela lei impede a concepção de discricionariedade como liberdade decisória externa ao direito ou imune ao controle jurisdicional.⁴⁵

⁴² BARROSO, Luís Roberto. **A Constitucionalização do Direito e suas Repercussões no Âmbito Administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, pp. 31-63, 2012, p. 50.

⁴³ Sobre esses conceitos, Hely Lopes Meirelles (**Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 191-196) estabelece que os atos vinculados “são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização” e os atos discricionários “são os que a Administração autorizada pela lei, pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização”.

⁴⁴ A respeito da juridicidade administrativa, verificar o item “1.3.2. Vinculação do Administrador à Constituição e não apenas à Lei Ordinária” deste trabalho.

⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./mai., 2008, pp. 17 e 39.

Diante desse cenário, ganha espaço a ideia de diferentes graus de vinculação dos atos administrativos, isto é, o grau de vinculação do administrador à juridicidade tende a corresponder ao grau de controlabilidade dos seus atos.⁴⁶

Assim sendo, a densidade normativa incidente em cada caso poderá determinar o grau de vinculação de um determinado ato administrativo, como coloca Gustavo Binenbojm:⁴⁷

[...] os atos administrativos serão: (i) vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo alto grau de vinculação à juridicidade; (ii) vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo grau intermediário de vinculação à juridicidade; e (iii) vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo baixo grau de vinculação à juridicidade.

Acrescente-se, ainda, conforme postulado por Andreas Krell, o Estado Democrático de Direito impõe uma ressignificação do princípio da separação dos poderes, que passa a invocar uma a ideia de “divisão de funções”, enfatizando a “necessidade de controle, fiscalização e coordenação recíprocos” entre os diferentes órgãos do Estado.⁴⁸

Nessa perspectiva, Krell argumenta que, no Brasil, em razão da separação das funções do Estado em órgãos “independentes e harmônicos”,⁴⁹ a questão dos conceitos indeterminados na atividade administrativa deve ser compreendida com fundamento na “distribuição de tarefas e responsabilidades ‘funcionalmente adequada’ entre o Executivo e o Judiciário”, com vistas a delimitar “a propriedade e a

⁴⁶ BINENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./mai., 2008, pp. 16-17 e 40.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 39. Nessa linha, Barroso (**A Constitucionalização do Direito e suas Repercussões no Âmbito Administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, pp. 31-63, 2012, p. 50) também argumenta que “Não apenas os princípios constitucionais gerais [...], mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade permitem o controle da discricionariedade administrativa”.

⁴⁸ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Controle Judicial**. Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. Recife, v. 8, 2004, pp. 205-206.

⁴⁹ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: 05 out. 1988).

intensidade da revisão jurisdicional de decisões administrativas, sobretudo as mais complexas e técnicas”.⁵⁰

A respeito das decisões mais complexas e técnicas, Binenbojm afirma que “a expertise e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle”.⁵¹

Gustavo Binenbojm⁵² entende, portanto, cumprir aos magistrados, quando realizarem o controle jurisdicional, observar os seguintes standards básicos:

[...] (i) grau de restrição a direitos fundamentais (quanto maior, mais intenso o controle); (ii) grau de objetividade extraível do relato normativo (quanto maior, mais intenso o controle); (iii) grau de tecnicidade da matéria (quanto maior, menos intenso o controle); (iv) grau de politicidade da matéria (quanto maior, menos intenso o controle); (v) grau de participação efetiva e consenso obtido em torno da decisão administrativa (quanto maior, menos intenso o controle).

O panorama atual de controle da discricionariedade do ato administrativo conjuga a atuação dos Poderes Executivo e Judiciário, de forma a respeitar a conotação de divisão de funções contida no princípio da separação dos poderes, mas sujeitando o controle judicial da atividade administrativa discricionária aos seus respectivos graus de vinculação.

1.4. DEMOCRATIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Considerando a busca da CF/88 para assegurar a efetiva participação popular no processo político, nas decisões de governo e no controle da Administração

⁵⁰ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Controle Judicial**. Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. Recife, v. 8, 2004, pp. 205-206.

⁵¹ BINENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./mai., 2008, p. 40.

⁵² *Ibidem*, p. 41.

Pública, José Afonso da Silva⁵³ argumenta que o Estado Democrático de Direito se posta como:

[...] Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça Material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção.

Isso em mente, tem-se, como fenômeno paralelo à constitucionalização do direito administrativo, a “democratização do exercício da atividade administrativa não diretamente vinculada à lei”, marcada pela “abertura e fomento à participação dos administrados nos processos decisórios da Administração”.⁵⁴

Consequentemente, a atividade administrativa passa a ter um caráter “mais fluido, mais permeável, com formas mais maleáveis, que opta pela formação de parcerias, pela informalidade e pela solução consensual de conflitos”, quebrando com a concepção anterior de uma Administração Pública “fechada, meramente prestadora de serviços públicos e obediente à lei”.⁵⁵

Como se verá no próximo capítulo, a democratização da atividade administrativa exige um modelo de atuação com práticas firmadas em bases mais legítimas e democráticas.⁵⁶ Assim sendo, passa a ser atribuída cada vez maior importância para a chamada “processualização da atividade administrativa”.⁵⁷

A Lei nº 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo) surge em um contexto de superação de antigos paradigmas do direito administrativo e ressignificação de seus objetivos frente aos preceitos constitucionais, o que, conclui-se, inaugura o

⁵³ SILVA, José Afonso da. **O estado democrático de direito**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 173, pp. 15-24, jul., 1988, p. 21.

⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./mai., 2008, p. 31.

⁵⁵ MARQUES, Marcelo Henrique Pereira. **Administração pública democrática**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 273, p. 199-235, set., 2016, p. 228.

⁵⁶ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 132-137.

⁵⁷ Cf. MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. Revista dos Tribunais, 2. ed. São Paulo, 2008.

caminho legislativo⁵⁸ que culmina na edição da Lei da Segurança para a Inovação Pública.

2. A TRAJETÓRIA LEGISLATIVA BRASILEIRA ANTERIOR À LEI Nº 13.655/2018 (LEI DA SEGURANÇA PARA A INOVAÇÃO PÚBLICA)

Neste capítulo serão abordados os marcos centrais da trajetória legislativa brasileira após a CF/88, de forma a demonstrar a tendência à formalização dos preceitos constitucionais nos novos diplomas legais e à busca de uma aproximação da atuação da Administração Pública dos cidadãos.

Sobre esse último ponto, tem-se a introdução de valores democráticos no ordenamento brasileiro como resultado da necessidade de atos da Administração firmados em bases mais legítimas e democráticas.⁵⁹ Assim, a processualização da atuação administrativa se faz essencial para o atingimento desse fim.⁶⁰

Como será demonstrado, a edição da Lei nº 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo) representa um dos principais marcos para viabilizar a participação de sujeitos privados no controle da atividade administrativa e na formação de atos decisórios, atendendo à necessidade de se criar uma lei explicitadora geral da atividade administrativa do Estado.⁶¹

Após a Lei do Processo Administrativo, o marco seguinte é a alteração de abrangência que sofreu o Decreto-Lei nº 4.657/1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro), que, com a publicação da Lei nº 12.376/2010, passou a ser denominado “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”.

Por fim, antes de chegar à Lei nº 13.655/2018, cumpre-se ambientar a reestruturação do Código de Processo Civil, realizada por meio da Lei nº 13.105/2015,

⁵⁸ Para os fins deste trabalho, foi adotado o marco da Lei nº 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo) como início do caminho legislativo que culminou na edição da Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública).

⁵⁹ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 132-137.

⁶⁰ Cf. MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. Revista dos Tribunais, 2. ed. São Paulo, 2008.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 195-210

que, dentre outras inovações, buscou aproximar a prática processual civil dos valores dispostos no texto constitucional e garantir decisões mais próximas da realidade fática, assim como procurou estimular a inovação e a modernização de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal.⁶²

Vale destacar, o escopo do presente trabalho não permite uma análise integral da evolução legislativa brasileira, razão pela qual optou-se por abordar os referidos marcos que representam as inovações de maior impacto no ordenamento brasileiro após emersão da CF/88 para os fins da Lei nº 13.655/2018.

2.1. PROCESSUALIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E A LEI Nº 9.784/1999 (LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO)

Com a emersão da CF/88, tem-se uma guinada da Administração Pública em busca de um modelo de atuação com bases mais legítimas e democráticas,⁶³ atribuindo maior relevância à processualização da atividade administrativa do Estado.

Segundo Gustavo Binenbojm,⁶⁴ esse fenômeno “é designativo da preocupação crescente com a disciplina e democratização dos procedimentos formativos da vontade administrativa, e não apenas do ato administrativo final”, assim, busca-se:

[...] (i) respeitar os direitos dos interessados ao contraditório e à ampla defesa; (ii) incrementar o nível de informação da Administração acerca das repercussões fáticas e jurídicas de uma medida que se alvitra implementar, sob a ótica dos administrados, antes da sua implementação; (iii) alcançar um grau mais elevado de consensualidade e legitimação das decisões da Administração Pública.

⁶² SENADO FEDERAL. **Anteprojeto do novo Código de processo Civil / Comissão de juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do novo Código de processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 2010.

⁶³ Sobre a busca por um modelo mais legítimo e democrático da atuação da Administração Pública, verificar o item “1.4. Democratização da Atividade da Administrativa” do presente trabalho.

⁶⁴ BINENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./mai., 2008, p. 31.

Diante desse quadro, o ato administrativo⁶⁵ deixa de figurar como ponto focal da atuação administrativa passando a integrar o processo administrativo.⁶⁶ O ato administrativo, todavia, não é extirpado de sua importância, mas esse contexto importa em reconhecer que ele decorre necessariamente da “existência de atos anteriores que irão compor o processo administrativo”.⁶⁷

Isso posto, conforme entendimento aventado por Odete Medauar, apesar de existirem textos legais contendo preceitos referentes ao processo administrativo anteriores à CF/88, apenas com a publicação do texto constitucional de 1988 foi conferida a devida importância para a criação de uma lei explicitadora geral sobre o tema.⁶⁸

Ocorre que, antes da edição da Lei do Processo Administrativo, houve diversas previsões legais contendo preceitos relativos ao processo administrativo ou à garantia do contraditório e da ampla defesa, conforme narra Medauar:⁶⁹

Após a promulgação da Constituição de 1988, alguns textos legais específicos vieram à luz, com itens dedicados ao processo administrativo ou com dispositivos garantidores do contraditório e ampla defesa. Exemplos são indicados a seguir. Na lei 8.884, de 11.06.1994, figura o Título VI sob o nome *Do processo administrativo* (arts. 30 a 53). Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078, de 11.09.1990, contém capítulo sobre *sanções administrativas*, onde vários dispositivos mencionam a aplicação das penalidades mediante processo administrativo; o Decreto 2.181/1997 que regulamenta alguns preceitos daquele, traz capítulo denominado *Do processo administrativo*. A Lei 8.666/1993 – Licitações e contratos, em diversos dispositivos, assegura o contraditório e a ampla defesa; [...] A chamada Lei de Crimes Ambientais – Lei 9.605/1998, o art. 70, § 4º, determina que as infrações ambientais administrativas sejam apuradas em

⁶⁵ Odete Medauar (**Administração Pública: do ato ao processo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, pp. 405-419, 2012, p. 408) reporta que, segundo a doutrina clássica, o conceito ato administrativo, em geral, “apresenta o seguinte teor básico: é a manifestação de vontade da autoridade administrativa que reconhece, modifica ou extingue direitos e impõe obrigações. Ou ainda: é a declaração de vontade efetuada por um agente da Administração Pública no exercício de um poder administrativo”.

⁶⁶ Para fins deste trabalho, será adotada a nomenclatura de “processo administrativo”, deixando de lado o debate a respeito desse termo e o “procedimento administrativo”.

⁶⁷ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 972.

⁶⁸ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. Revista dos Tribunais, 2. ed. São Paulo, 2008, pp. 197-198.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 198.

processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa e o contraditório.

Apesar dessas previsões, somente com a aprovação do PL nº 2.464/1996 pela Câmara dos Deputados e pelo Senado, e sua subsequente sanção e promulgação pelo Presidente da República como Lei nº 9.784, no dia 01 de fevereiro de 1999, que se tem a criação de uma lei explicitadora geral do processo administrativo.

A Lei do Processo Administrativo estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração. Os preceitos dessa lei também são aplicáveis aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa.⁷⁰

Acrescente-se que, apesar de seu objetivo ser disciplinar o processo administrativo no âmbito da Administração Pública, a Lei nº 9.784/1999 define regras que podem ser aplicadas a todas as atividades administrativas, e não necessariamente relacionadas ao processo administrativo.⁷¹

Baseado nesse contexto, destacam-se os traços mais marcantes da Lei nº 9.784/1999 para os fins deste trabalho.

⁷⁰ BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União: 01 fev. 1999 (ratificado 11 mar. 1999).

⁷¹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 984.

2.1.1. PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO GARANTIA CONTRA INVESTIDAS ARBITRÁRIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Lei nº 9.784/1999 enuncia expressamente direitos (artigo 3º)⁷² e deveres (artigo 4º)⁷³ dos administrados que integram o processo administrativo.

Acerca do artigo 3º dessa lei, percebe-se que os direitos previstos “consubstanciam normas legais concretizadoras de direitos e garantias fundamentais inscritos na Carta Magna, de modo a assegurar o desenvolvimento de um processo justo em sede administrativa”.⁷⁴

Nesse sentido, Romeu Felipe Bacellar Filho e Saulo Lindorfer Pivetta⁷⁵ concluem da seguinte forma:

[...] a ênfase da atuação administrativa deixa de ser essencialmente repressiva, policialesca (no sentido de coibir a violação à propriedade e à liberdade), e passar a ter como norte a promoção das condições materiais necessárias para garantir os direitos dos cidadãos, notadamente os direitos fundamentais sociais.

Odete Medauar também contribui para essa conclusão, por entender que a Lei nº 9.784/1999 configura “verdadeiro estatuto do cidadão perante a Administração

⁷² “Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações; II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei” (BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União: 01 fev. 1999 (ratificado 11 mar. 1999)).

⁷³ “Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo: I - expor os fatos conforme a verdade; II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé; III - não agir de modo temerário; IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos” (BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União: 01 fev. 1999 (ratificado 11 mar. 1999)).

⁷⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo Lindorfer. **O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, pp. 107-135, out./dez., 2014, p. 113.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 113.

ou estatuto da cidadania administrativa”,⁷⁶ erigindo-se como limite para a atuação administrativa com potencial de afetar direitos dos administrados. Isso porque a intervenção legítima do Poder Público na esfera jurídica dos indivíduos passa a exigir indispensável observância do processo administrativo, respeitando os direitos atribuídos aos administrados.⁷⁷

2.1.2. ANULAÇÃO, REVOGAÇÃO E CONVALIDAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS

Os artigos 53, 54 e 55 da Lei nº 9.784/1999⁷⁸ formalizaram as matérias envolvendo anulação, revogação e convalidação de atos administrativos. Embora se trate de tema amplamente debatido na doutrina e na jurisprudência, a sua cristalização normativa “contribui para uniformizar a prática administrativa e judicial nessas questões, garantindo, assim, maior segurança jurídica aos cidadãos”.⁷⁹

O artigo 53 foi elaborado para dispor sobre a competência da Administração Pública de anular⁸⁰ seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los⁸¹ por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos. Assim sendo, esse dispositivo remete ao poder de

⁷⁶ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. Revista dos Tribunais, 2. ed. São Paulo, 2008, p. 197.

⁷⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo Lindorfer. **O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, pp. 107-135, out./dez., 2014, p. 114.

⁷⁸ “Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração” (BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União: 01 fev. 1999 (ratificado 11 mar. 1999)).

⁷⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo Lindorfer. **O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, pp. 107-135, out./dez., 2014, p. 122.

⁸⁰ Nas palavras de Odete Medauar (**Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 153), “a anulação consiste no desfazimento do ato administrativo, por motivo de ilegalidade, efetuada pelo próprio Poder que o editou ou determinada pelo Poder Judiciário”.

⁸¹ Medauar (*Ibidem*, p. 154) também fornece o conceito de “revogação”, que seria “ato editado pela própria Administração para suprimir ato administrativo anterior, por razões de mérito, ou seja, por razões de conveniência e oportunidade no atendimento do interesse público”.

autotutela do Estado, quer esteja operando de ofício ou mediante provocação.⁸² O artigo em questão visa à garantir maior segurança jurídica aos administrados, os quais são resguardados de atos ilegais e que, mesmo nos casos de ações que não sejam ilegais, terão seus direitos adquiridos respeitados pela discricionariedade da atuação administrativa.

No mesmo sentido, o artigo 54 cristaliza o princípio da segurança jurídica e da proteção à boa-fé, uma vez que impõe “limitação temporal ao exercício da autotutela pela Administração Pública” e, com isso, harmoniza-se o “dever-poder de anulação dos atos administrativos ilegais com a necessidade de se resguardar situações jurídicas que se consolidaram no tempo”.⁸³

Por fim, o artigo 55 estabelece o regime legal para a convalidação de atos administrativos, isto é, o “ato ou procedimento que tenha por objetivo converter um ato inválido em ato válido”.⁸⁴ Assim sendo, existem situações nas quais a Administração Pública entende existir vício sanável – ilegalidade reversível – em determinado ato administrativo, não sendo seu resultado prejudicado.

Além disso, Bacellar Filho e Pivetta acrescentam que há situações nas quais o vício não se mostra sanável, em razão da ilegalidade contida em um ato administrativo não poder ser corrigida por meio de outro. Mesmo nessas hipóteses, existe a possibilidade da anulação desse ato atente contra o interesse público, constatando-se a necessidade de “manutenção dos efeitos produzidos por ato ilegal”. Portanto, operar-se-á a estabilização dos efeitos do ato viciado quando “a convalidação não se mostra possível e a anulação, com efeito retroativo, revela-se contrária ao interesse público”.⁸⁵

⁸² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo Lindorfer. **O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, pp. 107-135, out./dez., 2014, p. 123.

⁸³ *Ibidem*, p. 125.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 127.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 128.

2.1.3. ABERTURA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À AMPLA PARTICIPAÇÃO DOS ADMINISTRADOS

Por fim, remetendo ao caráter democratizante da atuação administrativa no Estado Democrático de Direito, ressalta-se a introdução de amplo rol de legitimados por meio do artigo 9º da Lei de Processo Administrativo,⁸⁶ abrangendo pessoas físicas e jurídicas que iniciem o processo como titulares de direitos individuais ou tenham os seus direitos afetados pelo resultado do processo, organizações e associações representativas de direitos e interesses coletivos, e pessoas ou associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.

Essa amplitude de legitimados como interessados no processo demonstra clara preocupação da Administração Pública em inserir os cidadãos na formação do ato administrativo e, como consequência, atribuir mais legitimidade à atuação administrativa.

2.2. ALTERAÇÃO DE ABRANGÊNCIA DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL (LICC) E SURGIMENTO DA LINDB

O Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, conhecido como Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (LICC), teve seu campo de aplicação alterado por força da Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010, abrangendo de forma expressa todo o ordenamento brasileiro e passou a chamar-se Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Essa mudança demonstra mais um marco legislativo na trajetória até a Lei de Segurança para a Inovação Pública, ainda que faça referência à apenas uma alteração de nomenclatura, pois, como será narrado, auxiliou a elaboração de uma lei introdutória ao direito público.

⁸⁶ “Art. 9º São legitimados como interessados no processo administrativo: I - pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação; II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; IV - as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.” (BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União: 01 fev. 1999 (ratificado 11 mar. 1999)).

Em sua origem, a LICC se dispunha a orientar a aplicação do Código Civil, preenchendo lacunas e dirimindo questões acerca da aplicação do referido código. Para esse fim, a lei regulava matérias envolvendo vigência, validade, eficácia, aplicação, interpretação e revogação das normas do direito brasileiro,⁸⁷ assim como delimitava conceitos jurídicos como os de ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada.⁸⁸

Ao longo do desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, contudo, as normas e os princípios previstos por essa lei foram adquirindo cada vez maior relevância para o ordenamento brasileiro e, conseqüentemente, sua abrangência se estendeu às demais legislações.⁸⁹

Essa expansão se justifica pelo fato da LICC se tratar de um conjunto de normas sobre normas, isto é, o DL nº 4.657/1942 assinala instruções de aplicação e de entendimento para as demais normas, bem como determina as fontes do direito positivo e indica as dimensões espaciotemporais.⁹⁰ A LICC seria, portanto, uma norma *Lex legum*, disciplinando a atuação de toda a ordem jurídica brasileira.⁹¹

Evidentemente, trata-se de uma lei com extraordinária abrangência, estendendo-se a todo o ordenamento brasileiro, e não poderia ser designada como Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Essa problemática, inclusive, gerava confusão em relação à suposição de que a lei geral de aplicação de normas jurídicas seria de direito privado, levando à errônea conclusão do direito civil como matriz do direito.⁹²

⁸⁷ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Página Inicial / Atividade Legislativa / Projetos de Lei e Outras Proposições / Projeto de Lei nº 6.303/2005**. Altera a ementa do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. 2005.

⁸⁸ Todos esses conceitos foram previstos no artigo 6º do DL nº 4.657/1942 (BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Diário Oficial da União: 09 set. 1942 (retificado 08 out. 1942 e retificado 17 jun. 1943)).

⁸⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Página Inicial / Atividade Legislativa / Projetos de Lei e Outras Proposições / Projeto de Lei nº 6.303/2005**. Altera a ementa do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. 2005.

⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Geraldo Ataliba disserta sobre essa problemática quando introduz estudo a respeito dos fundamentos do direito público (SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do direito público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 7-9).

Portanto, é diante do desencontro entre a ementa da LICC e seu conteúdo que a Lei nº 12.376/2010 altera a ementa da referida norma.

2.3. LEI Nº 13.105/2015 (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)

O último marco legislativo que será abordado neste capítulo diz respeito à reestruturação do Código de Processo Civil (CPC), realizada por meio da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

O anteprojeto do CPC,⁹³ em sua exposição de motivos, estabeleceu cinco principais objetivos destinados a orientar a confecção do referido código processual:

[...] 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

Isso posto, dentre outras inovações, o CPC buscou aproximar a prática processual civil dos valores dispostos no texto constitucional e garantir decisões mais próximas da realidade fática, assim como estimular a inovação e a modernização de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal.⁹⁴

Voltando-se para o direito administrativo, o artigo 15 do CPC⁹⁵ previu sua aplicação supletiva e/ou subsidiária a todos os processos administrativos, sem

⁹³ SENADO FEDERAL. **Anteprojeto do novo Código de processo Civil / Comissão de juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do novo Código de processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 2010.

⁹⁴ SENADO FEDERAL. **Anteprojeto do novo Código de processo Civil / Comissão de juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do novo Código de processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 2010, p. 5.

⁹⁵ “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: 17 mar. 2015).

exceções, instalando-se o dever de compatibilização aplicativa dos diplomas processuais administrativos com o CPC.⁹⁶ Isto é, o referido código positivou sua aplicação ao processo administrativo tanto nos casos em que houver omissão legislativa como naqueles em que “o dispositivo a ser aplicado possa ser intensificado, valorizado ou aprimorado no caso concreto” em razão da incidência de norma do CPC.⁹⁷

Parafraseando Egon Moreira, a utilização do CPC de forma supletiva e/ou subsidiária ao processo administrativo tem como pressuposto a compatibilidade da norma a ser aplicada com a plausibilidade lógica do respectivo diploma legal.⁹⁸

Assim, a reestruturação desse código processual é relevante pois, além de reforçar preceitos já aplicados pelo processo administrativo, o CPC também instaura novas hipóteses de incidência normativa,⁹⁹ como, por exemplo, o dever de cooperação processual e efetividade (artigo 6º do CPC)¹⁰⁰ e o dever de o julgador atender aos fins sociais e exigências do bem comum, além de promover a dignidade da pessoa humana (artigo 8º do CPC).¹⁰¹

2.4. CENÁRIO DE RETROCESSO EM TERMOS DE SEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO PÚBLICO

Apesar do referido cenário de desenvolvimento legislativo ter refletido de diversas formas sobre o direito administrativo – ao passo em que se buscou regular o funcionamento, atuação e controle da atividade administrativa, assim como formalizar a abrangência geral da antiga LICC e incorporar institutos democráticos na norma

⁹⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. **O novo Código de Processo Civil e sua aplicação no processo administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 273, pp. 313-334, set., 2016, pp. 315-316.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 316.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 317.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 320.

¹⁰⁰ “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: 17 mar. 2015).

¹⁰¹ “Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: 17 mar. 2015).

supletiva/subsidiária processual –, haveria, na prática, um “retrocesso em termos de segurança jurídica”.¹⁰²

Isso porque o aumento de diplomas e regras que tratam sobre o processo administrativo e o controle da Administração teria “provocado aumento da incerteza e da imprevisibilidade e esse efeito deletério pode colocar em risco os ganhos de estabilidade institucional”.¹⁰³

Segundo o diagnóstico de Carlos Ari Sundfeld,¹⁰⁴ essa situação decorreria de uma sobreposição de competências no direito brasileiro, havendo certo compartilhamento de competências entre juízes e controladores e de produção normativa entre a Administração Pública e os legisladores. Assim sendo, o problema central seria resultado de um quadro em que:

[...] as leis sobre a atuação dos diversos órgãos, muito pontuais e fragmentadas, não foram capazes de inventar o “direito mais que administrativo” (capaz de lidar com a construção do interesse público para além do âmbito da administração), necessário para evitar a ineficiência e o arbítrio no exercício dessas competências compartilhadas. Além disso, a gestão pública no Brasil ficara fragilizada e até acuada, muitas vezes por conta de avaliações apressadas e superficiais. Daí a constatação de que só uma solução legislativa articulada poderá abrir caminho para o equilíbrio no compartilhamento de funções jurídicas criadoras pelos vários Poderes e órgãos constitucionais autônomos.

Frente a esse cenário, constatou-se que somente uma solução legislativa articulada poderia “abrir caminho para o equilíbrio no compartilhamento de funções jurídicas” no direito público brasileiro. Adicionalmente, essa solução legislativa deveria ser uma “lei nacional e geral de direito público, focada em segurança jurídica e eficiência da ação estatal como um todo”.¹⁰⁵

¹⁰² SENADO FEDERAL. **Atividade Legislativa / Projetos e Matérias / Pesquisas / Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015**. Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. 2015.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Uma lei geral inovadora para o Direito Público**. JOTA. Publicado em: 31 out. 2017.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

Para o atingimento desse objetivo, remeteu-se à já mencionada alteração de abrangência da LINDB (antiga LICC) pela Lei nº 12.376/2010, uma vez que essa teria apresentado um caminho ideal para a formulação de normas gerais de direito público.¹⁰⁶

Nesse contexto seria publicada a Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública), por iniciativa dos PLS nº 349/2015 do Senado e PL 7.448/2017 da Câmara dos Deputados, resultando na introdução de diversas inovações à LINDB.

3. ARTIGO 28 DA LINDB E SEU PAPEL NA BUSCA POR INOVAÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA NA ATUAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS

Diante de um movimento doutrinário clamando pela criação de uma Lei de Introdução para o direito público,¹⁰⁷ elabora-se a Lei nº 13.655/2018, trazendo diversas previsões inovadoras para a LINDB. Dentre as novidades inseridas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, destaca-se a chamada “cláusula geral do erro administrativo”,¹⁰⁸ que passa a constituir o seu artigo 28.

Isso posto, o presente capítulo tem como intento analisar o referido dispositivo frente à lógica constitucional e à trajetória de incorporação de ideias constitucionais e democráticas no direito administrativo brasileiro, assim como pretende avaliar os possíveis impactos que essa previsão pode ter na busca por inovação e segurança jurídica no contexto de atuação de agentes públicos no Brasil e na mitigação do fenômeno chamado “apagão das canetas”.

Para isso, será esmiuçado o cenário de criação da Lei nº 13.655/2018, considerando suas motivações e seu trâmite pelo Congresso Nacional. Ademais, será detalhadamente inspecionado o artigo 28 da LINDB, delineando seus conceitos

¹⁰⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Uma lei geral inovadora para o Direito Público**. JOTA. Publicado em: 31 out. 2017.

¹⁰⁷ SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. **Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle**. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 22.

¹⁰⁸ Cf. BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. **O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 203-224, nov., 2018.

jurídicos, demonstrando sua aplicação e ponderando acerca de algumas das críticas que lhe são feitas.

Por fim, realizar-se-á um prognóstico acerca das perspectivas para implementação do artigo 28 da LINDB no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando argumentos e indícios para a sua aplicação ou não no âmbito dos órgãos de controle.

3.1. CRIAÇÃO DA LEI Nº 13.655/2018 (LEI DA SEGURANÇA PARA A INOVAÇÃO PÚBLICA)

Como narrado ao final do capítulo anterior, embora a CF/88 tenha iniciado um percurso de evolução legislativa para o direito administrativo no Brasil, conferindo à essa disciplina e aos seus institutos maior densidade, sentia-se a falta de uma Lei de Instrução voltada ao direito público, uniformizando seus preceitos gerais e regulando a atuação da Administração e sua relação com os administrados.¹⁰⁹

Diante desse contexto, surgiu, no Senado, o PLS nº 349/2015, do Senador Antonio Anastasia, pretendendo incluir na LINDB disposições sobre “segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público”.¹¹⁰ Para isso, trouxe como proposta a criação de dez novos dispositivos – artigos 20 a 29 da LINDB – destinados a combater uma série de distorções identificadas na atividade jurídico-administrativa.

Concluída a apreciação pelo Senado e elaborado o texto final, o projeto foi enviado para a Câmara dos Deputados, onde passou a ser denominado PL nº 7.448/2017.¹¹¹ Apesar de ter transitado sem muitas polêmicas no âmbito do congresso

¹⁰⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. **Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle**. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 22.

¹¹⁰ SENADO FEDERAL. **Atividade Legislativa / Projetos e Matérias / Pesquisas / Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015**. Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. 2015.

¹¹¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Página Inicial / Atividade Legislativa / Projetos de Lei e Outras Proposições / Projeto de Lei nº 7.448/2017**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. 2017.

Nacional, o Projeto de Lei sofreu críticas do Tribunal de Contas da União (TCU),¹¹² do Ministério Público da União (MPU) e de outras organizações e associações que se manifestaram em relação a diversos de seus dispositivos.¹¹³ Assim, alguns desses órgãos fizeram recomendações ao Presidente da República para que realizasse vetos ao PL nº 7.448/2017, sob o argumento de que poderia prejudicar a atuação dos órgãos de controle.¹¹⁴

Antes da sanção presidencial, ainda houve discussões envolvendo o PL nº 7.448/2017, nas quais autoridades apresentaram argumentos favoráveis e contrários aos novos dispositivos que seriam introduzidos à LINDB. Esses debates, contudo, não permeiam o objetivo deste trabalho.

Dito isso, o Projeto de Lei foi remetido à sanção presidencial, recebendo oito vetos ao seu texto final¹¹⁵ e, por fim, tornando-se a Lei nº 13.655/2018, ora analisada.

3.2. INOVAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI DA SEGURANÇA JURÍDICA PARA A INOVAÇÃO

A Lei nº 13.655/2018 trouxe inovações a três grupos temáticos no âmbito do direito público:¹¹⁶ (i) clareza normativa (artigos 29 e 30 da LINDB); (ii) responsabilidade do agente por “crime de hermenêutica”¹¹⁷ (artigos 22 e 28 da

¹¹² O Tribunal de Contas da União é o órgão de controle externo do governo federal, auxiliando o Congresso Nacional no acompanhamento da execução orçamentária e financeira do país. O TCU possui competência para fiscalizar e aplicar sanções aos órgãos públicos, às entidades públicas e aos responsáveis que recebem ou administram dinheiros, bens e valores públicos federais.

¹¹³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Discussão do Projeto de Lei 7.448/2017**. Brasília: TCU, Secretária-Geral da Presidência (Segepres), 2018.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Foram realizados vetos ao parágrafo único do artigo 23; ao artigo 25 como um todo; ao inciso II do § 1º e ao § 2º do artigo 26; aos §§ 1º, 2º e 3º do artigo 28; e ao § 2º do artigo 29 do texto final do PL nº 7.448/2017 (CONGRESSO NACIONAL. **Dispositivos Vetados / Resultado / Documentos / Tramitação / Veto nº 15/2018 (Normas gerais de direito público)**. Veto Parcial aposto ao Projeto de Lei do Senado nº 349 de 2015 (nº 7.448/2017, na Câmara dos Deputados), que “Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”. 2018).

¹¹⁶ Cf. OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Por uma sistematização da recente mudança da LINDB pela Lei nº 13.655/2018**. Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 7, n. 18, p. 13-30, mai./ago., 2018.

¹¹⁷ Expressão cunhada por Rui Barbosa (**Obras completas de Rui Barbosa**. Rio de Janeiro: Ministério de Educação e Saúde, 1896), quando a utilizou para descrever a responsabilização de juiz por sua interpretação do Direito sob perspectiva diversa daquela adotada por seu sancionador.

LINDB); e (iii) invalidade do ato administrativo (artigos 20, 21, 23, 24, 26 e 27 da LINDB). Dentre esses grupos, destacam-se as previsões contidas nos artigos 20, 22, 23, 24 e 28, uma vez que esses gozam de maior potencial para gerar efeitos imediatos na atuação dos órgãos de controle.¹¹⁸

O primeiro desses dispositivos, artigo 20 da LINDB,¹¹⁹ levanta a questão da motivação nas decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial, exigindo que sejam consideradas as consequências práticas da decisão e impondo que se evitem decisões baseadas em valores jurídicos abstratos.

Sobre esse tema, Marçal Justen Filho argumenta que o referido dispositivo tem como principal finalidade a de reduzir certas práticas causadoras de insegurança jurídica no desenvolvimento da atividade estatal.¹²⁰ Sustenta, ademais, não haver imposição do artigo de uma concepção consequencialista do direito, mas a exigência que a autoridade estatal considere possíveis consequências práticas de suas decisões, com vistas a realizar um diagnóstico de proporcionalidade da decisão a ser adotada.¹²¹

Em seguida, o artigo 22 da LINDB¹²² apresenta previsão destinada a aproximar os intérpretes do direito das circunstâncias fáticas e jurídicas inerentes à

¹¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. **Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle**. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 24.

¹¹⁹ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas” (BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União: 26 abr. 2018).

¹²⁰ Marçal Justen Filho (**Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 13-41, nov., 2018, p. 24) argumenta que função estatal diz respeito ao desempenho de atividade destinada ao exercício direto de função administrativa ou de revisão dos atos praticados no exercício de função administrativa.

¹²¹ *Ibidem*, p. 38.

¹²² “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato” (BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre

atuação administrativa e que tendem a limitar o seu exercício.¹²³ Esse dispositivo teria como alvo combater uma visão idealizada do Direito e dos fatos que ensejam a concretização do direito público,¹²⁴ devendo determinada situação ser avaliada com base em suas peculiaridades. Isto é, devem ser levadas em consideração as informações de que dispunha o administrador ou o particular envolvido à época, assim como os respectivos custos e o que se pretendia alcançar naquele momento.¹²⁵

Passa-se então para o artigo 23 da LINDB,¹²⁶ cujo objetivo foi manter os administradores públicos e os particulares atuantes junto à Administração Pública cientes de decisões administrativas, controladoras ou judiciais que imponham alterações interpretativas ou, até mesmo, o surgimento de novas orientações.¹²⁷

Além da função destacada acima, o artigo 23 permite que os sujeitos afetados por certa decisão tenham a oportunidade de se adaptar por meio de uma transição adequada.¹²⁸ Essa previsão – norma de transição – representaria um mecanismo garantidor da devida previsibilidade, plausibilidade e graduação à dinâmica de mudança de padrões hermenêuticos no Direito.¹²⁹

segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União: 26 abr. 2018).

¹²³ JORDÃO, Eduardo. **Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 63-92, nov., 2018, pp. 65-66.

¹²⁴ *Ibidem*, pp. 66-70.

¹²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. **Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle**. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 23.

¹²⁶ “Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais” (BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União: 26 abr. 2018).

¹²⁷ SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. **Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle**. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 23.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 23.

¹²⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Art. 23 da LINDB - O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 93-112, nov., 2018, p. 111.

O artigo 24 da LINDB,¹³⁰ por sua vez, buscou impedir situações em que atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas, produzidos segundo as orientações gerais da época de sua criação sejam revistos com base em mudança posterior da interpretação a respeito do Direito vigente.¹³¹ Dessa forma, o referido dispositivo prega pela preservação de decisões administrativas visando a assegurar estabilidade nas relações jurídicas e, conseqüentemente, a garantir maior segurança jurídica.¹³² Para isso, reconhece que decisões administrativas proferidas em “conformidade com o entendimento jurídico geral adotado em sua época” deveriam ser consideradas válidas apesar de, eventualmente, ocorrer alteração na interpretação das orientações gerais que lhes deram ensejo.¹³³

Por fim, o artigo 28 da LINDB introduz previsões atinentes ao impedimento da responsabilização de agente públicos em caso de revisão de suas decisões ou orientações técnicas, salvo quando configurado dolo ou erro grosseiro.¹³⁴ Esse dispositivo será abordado de forma detalhada mais adiante, mas, antes, cumpre esclarecer um dos fenômenos fundamentais em sua criação, o chamado “apagão das canetas”.

¹³⁰ “Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público” (BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União: 26 abr. 2018).

¹³¹ SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. **Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle**. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 23.

¹³² CÂMARA, Jacintho Arruda. **Art. 24 da LINDB - Irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 113-134, nov., 2018, pp. 114-116.

¹³³ *Ibidem*, p. 117.

¹³⁴ SENADO FEDERAL. **Atividade Legislativa / Projetos e Matérias / Pesquisas / Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015**. Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. 2015.

3.3. QUADRO DE INSEGURANÇA JURÍDICA E O “APAGÃO DAS CANETAS”

No que tange à atuação do agente público, há uma crescente percepção no sentido de que o número de decisões condenatórias por parte dos órgãos de controle vem aumentando, e que essas estão se tornando cada vez mais severas.

Esse quadro resultaria no fenômeno chamado de “apagão das canetas”, isto é, em razão da supracitada percepção, os agentes públicos se mostrariam temerosos em assinar documentos e em realizar atos que possam lhes comprometer – inclusive como pessoa física – perante os órgãos de controle da Administração Pública e os órgãos judiciários.¹³⁵

De um lado, tem-se que existiria certo otimismo em relação à atuação dos órgãos de controle no Brasil, sendo natural que as intervenções por parte dos controladores ocorreriam em número alto e com o objetivo de corrigir erros e de revisar os eventuais problemas decorrentes de decisões administrativas.¹³⁶

Por outro lado, a larga atuação dos órgãos de controle criaria um cenário desfavorável à adoção de soluções inovadoras na atuação do agente público, visto que a inovação dependeria do experimentalismo e, no contexto brasileiro, a inovação por parte do administrador seria coibida quando suas ações são restringidas por diversos órgãos de controle, os quais interpretam a lei segundo a concepção estrita do princípio da legalidade,¹³⁷ ou seja, a de que administrar seria aplicar a lei de ofício.¹³⁸

Nesse sentido, o “apagão das canetas” seria resultado de um quadro de “inexistência de incentivos para a inventividade, a adoção de soluções heterodoxas e

¹³⁵ RITTNER, Daniel. **O apagão de canetas dos agentes públicos**. Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR. Publicado em: 02 ago. 2018.

¹³⁶ JORDÃO, Eduardo. **A relação entre inovação e controle da administração pública**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, pp. 133-146, 2018, p. 143.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 143.

¹³⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. (atualizada por Gustavo Binenbojm) Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 3.

as tentativas criativas por parte do administrador”.¹³⁹ Com efeito, esse fenômeno remeteria às concepções clássicas do direito administrativo, enxergando essa disciplina sob uma ótica impositiva e distante das novas tendências constitucionais e democráticas sedimentadas pela CF/88 no ordenamento brasileiro.¹⁴⁰

O resultado prático é que, como forma de autopreservação, os agentes públicos tenderiam a adotar “as mesmas decisões e práticas que já receberam a aprovação dos órgãos de controle”,¹⁴¹ afastando-se de estratégias e soluções inovadoras que visam a prestigiar o interesse público.

Buscando comprovar esse fenômeno, o Infra2038¹⁴² elaborou relatório acerca da influência de órgãos de controles nas decisões dos agentes público, no qual se observou “um aumento na frequência e na severidade da fiscalização nas últimas décadas”¹⁴³ pelo TCU. Nota-se, no documento, que o gestor pode vir a ser responsabilizado por atos ocorridos há mais de uma década, e que o Tribunal tende a adentrar nas minúcias fáticas do caso, questionando premissas e perspectivas específicas adotadas pelo gestor.¹⁴⁴

Assim sendo, existiriam indícios de que o receio dos agentes públicos de serem responsabilizados por órgãos de controle em razão de suas decisões seria embasado em um real aumento na frequência e na severidade de condenações pelo Tribunal.

De outro lado, o TCU vem participando e promovendo eventos¹⁴⁵ nos quais busca estabelecer diálogo com advogados e pesquisadores da área. Nesses eventos,

¹³⁹ JORDÃO, Eduardo. **A relação entre inovação e controle da administração pública**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, pp. 133-146, 2018, p. 145.

¹⁴⁰ Acerca da concepção clássica do direito administrativo e sua eventual superação como decorrência da constitucionalização e da democratização da atividade administrativa, conferir o capítulo “1. Constitucionalização do Direito Administrativo e Democratização da Atividade da Administração Pública” do presente trabalho.

¹⁴¹ JORDÃO, Eduardo. **A relação entre inovação e controle da administração pública**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, pp. 133-146, 2018, p. 145.

¹⁴² O Infra2038 é um grupo de estudos que objetiva promover concessões e parcerias público-privadas, atuando na conexão entre governos e investidores, assim como no desenvolvimento de conteúdo envolvendo as diversas áreas de infraestrutura.

¹⁴³ INFRA2038. **Segurança Jurídica na Gestão – A Influência dos Órgãos de Controle na Tomada de Decisão pelos Gestores**. Brasília, 2019, p. 39.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 39.

¹⁴⁵ Dentre os eventos que contaram com representantes do Tribunal, destacam-se os seguintes: “Observatório do TCU – Balanço Crítico do ano 2018”, no dia 29 de março de 2019; “Segurança Jurídica na Gestão – A Influência dos Órgãos de Controle na Tomada de Decisão pelos Gestores”, no dia 02

quando trata do tema “apagão das canetas”, o Tribunal vem firmando sua posição institucional no sentido de esse fenômeno seria mera percepção dos agentes públicos, não impedindo que os gestores tomem suas próprias decisões.

Além disso, em resposta ao relatório do Infra2038, o TCU argumentou que, apesar de haver aumento no número de punições, a maioria dos processos não seriam instaurados de ofício pelo Tribunal. Outrossim, a Corte de Contas sustenta prolatar diversos acórdãos com objetivos pedagógicos – que não resultaram em sanções – e empreender fiscalizações prévias destinadas a solucionar irregularidades antes que possam gerar danos.¹⁴⁶

De todo modo, ainda que o “apagão das canetas” seja mera percepção por parte dos agentes públicos, essa ainda não poderia ser taxada como falácia ou mesmo ser ignorada. Isso porque, mesmo se tratando de uma percepção, seu efeito ainda seria devastador para a atividade de agentes públicos, pois restariam esses inseguros de tomar decisões que não aquelas com menor potencial de serem revistas pelos órgãos de controle, ainda que não sejam aquelas com maior possibilidade de atender ao interesse público.¹⁴⁷

Diante da efetiva existência de receio por parte dos agentes públicos em tomar decisões ensejadoras de punições por parte dos órgãos de controle, retoma-se, a seguir, a análise do artigo 28 da LINDB.

3.3. ARTIGO 28 DA LINDB

O artigo 28 da LINDB¹⁴⁸ se apresenta como medida voltada a garantir maior estabilidade para a prática administrativista, objetivando mitigar o receio envolvido na

de abril de 2019; e “Encontro Reunião do CECAP – GT de Desempenho dos Tribunais de Contas”, no dia 16 de maio de 2019.

¹⁴⁶ As referidas afirmações foram realizadas pelo representante do TCU – Nicola Khoury – no evento “Segurança Jurídica na Gestão – A Influência dos Órgãos de Controle na Tomada de Decisão pelos Gestores”, ocorrido no dia 02 de abril de 2019 em Brasília/DF.

¹⁴⁷ MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. **O medo e o ato administrativo**. Direito do Estado. Publicado em: 01 nov. 2016.

¹⁴⁸ BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União: 26 abr. 2018.

tomada de decisões pelo gestor,¹⁴⁹ ao passo que introduz a chamada “cláusula geral do erro administrativo”:¹⁵⁰

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

§ 1º (VETADO).

§ 2º (VETADO).

§ 3º (VETADO).

Em parecer sobre o PL nº 7.448/2017 dirigido à Consultoria Jurídica do TCU antes de seu envio para sanção presidencial, um conjunto de juristas argumentou que o artigo 28 da LINDB estaria voltado a possibilitar o adequado desempenho das funções de agentes públicos,¹⁵¹ estabelecendo condições mais criteriosas para a revisão de suas decisões por órgãos de controle.¹⁵² Além disso, esse dispositivo também se postaria a pacificar discussão envolvendo as possibilidades de responsabilização de advogados públicos e procuradores por opiniões técnicas exaradas em processos administrativos.¹⁵³ Com efeito, estar-se-ia vedando o titulado “crime de hermenêutica”, consistente na punição de agente público que oferece entendimento divergente daquele posteriormente adotado por órgãos de controle administrativos e judiciários.¹⁵⁴

Expandindo a questão, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas argumentam ser o artigo 28 da LINDB um “antídoto ao apagão das canetas”, pois, ao certificar que o agente público não será punido pelo mero exercício de suas competências, esse dispositivo geraria maior segurança jurídica¹⁵⁵ e mitigaria

¹⁴⁹ CARVALHO, Guilherme. **O artigo 28 da LINDB é uma mera “bandeira branca”?** Migalhas. Publicado em: 25 mai. 2019.

¹⁵⁰ Cf. BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. **O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 203-224, nov., 2018.

¹⁵¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. **Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017.** 2018, pp. 26-28.

¹⁵² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. **O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto.** Consultor Jurídico – CONJUR. Publicado em: 25 mai. 2018.

¹⁵³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. **Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017.** 2018, pp. 26-28.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 28

¹⁵⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. **O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto.** Consultor Jurídico – CONJUR. Publicado em: 25 mai. 2018.

o receito da adoção de soluções criativas e da inovação resultarem na aplicação de sanções por parte órgãos de controle, ao discordarem dessas soluções em momento posterior.¹⁵⁶

Sobre esse assunto, vale lembrar que, na proposta inicial do PLS nº 349/2015, designou-se a previsão do artigo 28 da LINDB como medida para impedir a injusta responsabilização de autoridade em caso de revisão de suas decisões.¹⁵⁷ Sob essa justificativa, até a remessa do PL nº 7.448/2017 para sanção presidencial, o referido dispositivo contava com três parágrafos destinados a estabelecer o escopo do conceito de erro grosseiro,¹⁵⁸ garantir apoio direto da entidade ao agente público que é instado a se defender por ato ou conduta decorrente do exercício de suas competências¹⁵⁹ e, em caso de condenação por dolo ou erro grosseiro, determinar que o agente público deveria ressarcir o erário pelas despesas assumidas por entidade que o apoiou.¹⁶⁰

Atendendo às críticas realizadas aos referidos parágrafos do artigo 28 da LINDB, esses foram vetados pela Presidência da República,¹⁶¹ restando apenas o

¹⁵⁶ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. **O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 203-224, nov., 2018, pp. 203-206.

¹⁵⁷ SENADO FEDERAL. **Atividade Legislativa / Projetos e Matérias / Pesquisas / Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015**. Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. 2015.

¹⁵⁸ “Art. 28. [...] § 1º Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais.” (CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Página Inicial / Atividade Legislativa / Projetos de Lei e Outras Proposições / Projeto de Lei nº 7.448/2017**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. 2017).

¹⁵⁹ “Art. 28. [...] § 2º O agente público que tiver de se defender, em qualquer esfera, por ato ou conduta praticada no exercício regular de suas competências e em observância ao interesse geral terá direito ao apoio da entidade, inclusive nas despesas com a defesa” (CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Página Inicial / Atividade Legislativa / Projetos de Lei e Outras Proposições / Projeto de Lei nº 7.448/2017**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. 2017).

¹⁶⁰ “Art. 28. [...] § 3º Transitada em julgado decisão que reconheça a ocorrência de dolo ou erro grosseiro, o agente público ressarcirá ao erário as despesas assumidas pela entidade em razão do apoio de que trata o § 2º deste artigo” (CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Página Inicial / Atividade Legislativa / Projetos de Lei e Outras Proposições / Projeto de Lei nº 7.448/2017**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. 2017).

¹⁶¹ CONGRESSO NACIONAL. **Dispositivos Vetados / Resultado / Documentos / Tramitação / Veto nº 15/2018 (Normas gerais de direito público)**. Veto Parcial apostado ao Projeto de Lei do Senado nº 349 de 2015 (nº 7.448/2017, na Câmara dos Deputados), que “Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de

caput desse dispositivo, cujo texto poderia ser considerado como de cunho genérico e dotado de conteúdo juridicamente indeterminado.¹⁶²

Isso em mente, antes de se avançar na análise desse dispositivo, cumpre esclarecer os conceitos jurídicos que compõem o texto do dispositivo ora em análise e que delimitam sua aplicação.

3.2.1. “AGENTE PÚBLICO”

O texto do artigo 28 da LINDB remete à responsabilização pessoal do “agente público”, mas qual seria o escopo dessa designação?

Segundo Binenbojm e Cyrino, esse termo teria sido empregado com o mesmo sentido daquele utilizado nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa),¹⁶³ quando definem ser agente público “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função” nas entidades ligadas ao patrimônio público.¹⁶⁴ Assim, de forma simplificada, esse dispositivo abrangeria todos os sujeitos que, no exercício de suas competências, lidam com a coisa pública.

setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”. 2018.

¹⁶² CARVALHO, Guilherme. **O artigo 28 da LINDB é uma mera “bandeira branca”?** Migalhas. Publicado em: 25 mai. 2019.

¹⁶³ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. **O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 203-224, nov., 2018, p. 207.

¹⁶⁴ BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial da União: 03 jun. 1992.

3.2.2. “DECISÕES OU OPINIÕES TÉCNICAS” E A DISCUSSÃO ENVOLVENDO A RESPONSABILIZAÇÃO DE PARECERISTAS

Como dito anteriormente, o artigo 28 da LINDB intenta resguardar o adequado desempenho das funções do agente público, assim como limitar a responsabilização de pareceristas. Dessa forma, o emprego do termo “decisões ou opiniões técnicas” abrangeria desde atos concretos que produzem efeitos jurídicos, até orientações técnicas que indicam um “rumo a seguir”.¹⁶⁵

Enquanto a designação “decisões” referir-se-ia aos atos decisórios proferidos na esfera do direito público, o termo “opiniões técnicas” compreenderia a manifestação de advogados públicos e procuradores no exercício de atividade consultiva.¹⁶⁶

Sobre esse último ponto, o Supremo Tribunal Federal abordou a discussão da responsabilização dos pareceristas por meio do MS 24.073/DF,¹⁶⁷ julgado em 06 de novembro de 2002, firmando entendimento de que somente haveria responsabilização de parecerista em casos de “erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo”.¹⁶⁸

Corroboraram com a formação do entendimento do STF o MS 24.584/DF¹⁶⁹ e o MS 24.631/DF,¹⁷⁰ ambos julgados no dia 09 de agosto de 2007, que acrescentaram a possibilidade de responsabilização de pareceristas além das hipóteses de dolo (culpa *lato sensu*) ou erro grosseiro, isto é, estabeleceram que os pareceristas poderiam ser responsabilizados nas hipóteses em que a consulta é compulsória ou naquelas em que a lei estabelece obrigação de decidir à luz de parecer obrigatório. Nesses casos, a opinião dos pareceristas determinaria decisão do gestor, sendo a decisão final também de responsabilidade do sujeito que proferiu a opinião

¹⁶⁵ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. **O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 203-224, nov., 2018, p. 207.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 208.

¹⁶⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança 24.073/DF**. Tribunal do Pleno. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ: 31 out. 2003. 2002.

¹⁶⁸ Cumpre esclarecer que “culpa, em sentido largo” remete à culpa *lato sensu*, que se desdobra em dolo e culpa propriamente dita.

¹⁶⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança 24.584/DF**. Tribunal do Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 20 jun. 2008. 2007.

¹⁷⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança 24.631/DF**. Tribunal do Pleno. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ: 01 fev. 2008. 2007.

técnica, razão pela qual seria lógico que esse sofresse inspeção e eventual sanção por parte dos órgãos de controle.¹⁷¹

Já nos casos de pareceres opinativos, o MS 24.631/DF esclareceu que, quando a consulta é facultativa, não haveria alteração no poder de decisão decorrente da manifestação de opinião técnica. Portanto, nessa situação, seria lícito entender como “abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário”, não cabendo a responsabilização de parecerista pelo teor de seu parecer de natureza meramente opinativa, salvo quando demonstrada culpa *lato sensu* ou erro grosseiro.¹⁷²

Apesar de decisões monocráticas admitindo que a questão ainda não foi definitivamente solvida,¹⁷³ pode-se afirmar que a jurisprudência do STF tende para a responsabilização de pareceristas nas hipóteses em que houve erro grosseiro, dolo (culpa *lato sensu*) ou a opinião técnica possuir caráter obrigatório.¹⁷⁴

De outro lado, o TCU tem firmado entendimento no sentido de que os pareceristas, “de forma genérica, só terão afastada a responsabilidade a eles eventualmente questionada, se seus pareceres estiverem devidamente fundamentados, albergados por tese aceitável da doutrina ou jurisprudência”, devendo ainda serem respeitados os princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro, como foi firmado no julgamento do Acórdão nº 1.801/2007-Plenário.¹⁷⁵

Essa compreensão é reiterada nos julgados do TCU, inclusive sendo mencionada em recente publicação do Informativo de Licitações e Contratos nº 340/2018 do Tribunal,¹⁷⁶ na qual consta enunciado de jurisprudência concluindo que “[O] parecerista jurídico pode ser responsabilizado solidariamente com o gestor

¹⁷¹ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. **O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 203-224, nov., 2018, p. 209-210.

¹⁷² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança 24.631/DF**. Tribunal do Pleno. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ: 01 fev. 2008. 2007.

¹⁷³ Exemplos são: MS 35815 MC/DF, julgado em 16 de agosto de 2018; e MS 36025 MC/DF, julgado em 05 de outubro de 2018.

¹⁷⁴ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. **O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 203-224, nov., 2018, p. 211.

¹⁷⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão nº 1.801/2007-Plenário**. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. 2007.

¹⁷⁶ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Informativo de Licitações e Contratos nº 340/2018**. Plenário. 2018.

quando, por dolo, culpa ou erro grosseiro, induz o administrador público à prática de ato grave irregular ou ilegal”. Também há enunciado do Acórdão nº 1.656/2015-Plenário, publicado no Boletim de Jurisprudência nº 90/2015 do TCU,¹⁷⁷ afirmando subsistir a responsabilidade em caso de culpa ou erro grosseiro, ainda que a natureza opinativa de parecer jurídico tenda a afastar a responsabilização de seu emitente.

Ao considerar as posições jurisprudenciais do STF e do TCU, nota-se, *a priori*, certa incongruência: enquanto o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o parecerista deveria ser responsabilizado em caso de erro grosseiro, dolo (culpa *lato sensu*) ou quando opinião técnica possuir caráter obrigatório, o Tribunal de Contas da União concluiu no sentido de que haveria responsabilidade de quem elaborou parecer quando esse levou o gestor público à violação de princípio constitucional ou à prática de grave irregularidade ou ilegalidade, seja por dolo, culpa ou erro grosseiro.

Ocorre que a jurisprudência do TCU utiliza os julgados do STF como argumento para a responsabilização de parecerista por culpa ou erro grosseiro, portanto, seria possível defender que, ou o Tribunal também teria adotado a concepção de “culpa, em sentido largo” utilizada no referido julgado do STF, ou a jurisprudência entre o Supremo e o TCU não estaria pacificada como se alega nos julgados sobre o tema. Nessa concepção, permaneceriam os critérios utilizados pelo Supremo para a responsabilização de pareceristas, de forma que, a seguir, serão esclarecidos os termos “dolo ou erro grosseiro” indicados no artigo 28 da LINDB.

3.2.3. “DOLO OU ERRO GROSSEIRO”

A utilização do termo “dolo” no artigo 28 da LINDB designaria a conduta de agente que tinha a intenção de “violar probidade administrativa, seja por ações [...],

¹⁷⁷ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão nº 1.656/2015-Plenário**. Boletim de Jurisprudência nº 90/2015. Relator: Ministro Substituto Marcos Bemquerer. 2015.

seja por omissões [...]”,¹⁷⁸ isto é, faria referência ao conceito de culpa *lato sensu* empregado pela jurisprudência do STF.

Apesar de não haver muito debate envolvendo o emprego do termo “dolo” nesse dispositivo, quando se trata do “erro grosseiro”, nota-se certa indeterminação ao que exatamente a LINDB poderia estar designando.

De acordo com Odilon Cavallari de Oliveira, existiriam três hipóteses para determinar o que configura como “erro grosseiro” na LINDB, indicando que esse poderia ser: (i) a culpa grave; (ii) o erro inescusável; ou (iii) aquele erro que o homem médio não cometeria.¹⁷⁹

Acerca da primeira hipótese, independente da avaliação da gravidade da culpa, essa deveria ser aferida com base no parâmetro do homem médio. Assim, ainda que o erro grosseiro fosse a culpa grave, essa só poderia ser mesurada caso comparada com a conduta ordinariamente praticada pelos membros da sociedade com diligência média (ou ordinária).¹⁸⁰ Essa conclusão também se aplicaria para a segunda hipótese, uma vez que seria considerado como inescusável o erro que o homem médio não cometeria.¹⁸¹

Nesse sentido, ainda que se entenda o erro grosseiro como culpa grave ou erro inescusável, remeter-se-ia ao erro que o homem médio não cometeria nas mesmas circunstâncias do agente público em questão, enquadrando-se na terceira hipótese. Isso porque, caso não se admita o critério do homem médio, a determinação do que configura “erro grosseiro” incorreria no arbítrio do julgador, resultando em distorções da decisão em relação à realidade.¹⁸²

Trazendo a discussão para o âmbito do artigo 28 da LINDB, o cometimento de erro grosseiro não seria violação da probidade por mera divergência de interpretação com os órgãos de controle, mas, sim, a atuação do agente público de

¹⁷⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. **O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto**. Consultor Jurídico – CONJUR. Publicado em: 25 mai. 2018.

¹⁷⁹ OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. **O que é o erro grosseiro da LINDB?** JOTA. Publicado em: 14 out. 2018.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² *Ibidem*.

forma contrária e desidiosa à função pública.¹⁸³ Diante desse raciocínio, seria possível argumentar que o erro escusável seria aquele no qual homem médio também incorreria. O homem médio, portanto, não teria sido pensado como figura que representa um “ser sobrenatural que não erra”.¹⁸⁴

Pelo contrário, aliás, nas concepções de Binenbojm e Cyrino, o dispositivo ora em análise veio justamente para resguardar o gestor com boas motivações e capacidade de inovação, razão pela qual deveria ser admitida a falibilidade humana.¹⁸⁵ Assim, a adoção do critério do homem médio implicaria no reconhecimento do erro como parte da existência humana e como algo que deveria ser tolerado, salvo em casos em que configure dolo ou erro grosseiro.

Superada essa questão, volta-se para a jurisprudência do TCU, que, após a promulgação da Lei nº 13.655/2018, vem tentando delimitar o escopo de “erro grosseiro” para aplicação de sanção aos agentes públicos.

De acordo com o Tribunal, o erro grosseiro seria aquele decorrente de grave inobservância do dever de cuidado,¹⁸⁶ sendo essa conduta diversa da que teria sido adotada pelo “administrador médio” se estivesse nas mesmas situações do caso concreto.¹⁸⁷

Nessa linha, por exemplo, o TCU entende que configuraria erro grosseiro: a autorização de pagamento sem a devida liquidação da despesa;¹⁸⁸ o descumprimento de normativo da entidade pelo gestor, especialmente o que resultar em danos materialmente relevantes;¹⁸⁹ o descumprimento de regra expressa em

¹⁸³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. **O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto**. Consultor Jurídico – CONJUR. Publicado em: 25 mai. 2018.

¹⁸⁴ OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. **O que é o erro grosseiro da LINDB?** JOTA. Publicado em: 14 out. 2018.

¹⁸⁵ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. **O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 203-224, nov., 2018, p. 213.

¹⁸⁶ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão nº 2.391/2018-Plenário**. Relator: Ministro Benjamin Zymler. 2018. No mesmo sentido: Acórdão 2.924/2018-Plenário.

¹⁸⁷ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão nº 1.628/2018-Plenário**. Relator: Ministro Benjamin Zymler. 2018. Também sobre o tema: Acórdão 2.860/2018-Plenário; e Acórdão 2.681/2019-Primeira Câmara.

¹⁸⁸ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão nº 2.699/2019-Primeira Câmara**. Relator: Ministro Vital do Rêgo. 2019.

¹⁸⁹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão nº 2.677/2018-Plenário**. Relator: Ministro Benjamin Zymler. 2018.

instrumento de convênio;¹⁹⁰ e a realização de pagamento antecipado sem justificativa do interesse público na sua adoção e sem as devidas garantias que assegurem o pleno cumprimento do objeto pactuado.¹⁹¹

Por consequência, nota-se que o entendimento jurisprudencial do TCU também indicaria a adoção do referencial do homem médio (ou administrador médio) para a caracterização do “erro grosseiro” de que trata a LINDB.

Diante das constatações realizadas, o “erro grosseiro” seria código dogmático¹⁹² voltado a designar que a culpa deverá ser valorada seguindo o referencial do homem médio para que o agente público seja responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas.

3.4. CRÍTICAS EM RELAÇÃO AO ARTIGO 28 DA LINDB

Esclarecidos os termos adotados no artigo 28 da LINDB e considerando a discordância dos órgãos de controle em relação a esse dispositivo, destacam-se as críticas realizadas ao seu texto, dentre as quais são as mais proeminentes:¹⁹³ (i) a existência de contradição entre o dispositivo e o artigo 37, § 6º da CF/88; (ii) a possibilidade de essa previsão criar um ambiente propício ao surgimento de gestores ruins; (iii) a existência de conflito com a Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa); e (iv) a desnecessidade do texto do dispositivo para o afastamento do “crime de hermenêutica”.

Entretanto, vários defensores da Lei da Segurança para a Inovação Pública argumentam que essas críticas não merecem prosperar.

Adiante, serão expostas as críticas realizadas ao artigo 28 da LINDB, assim como os argumentos que as opõem, iniciando o debate sobre a compatibilidade desse

¹⁹⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão nº 2.681/2019-Primeira Câmara**. Relator: Ministro Benjamin Zymler. 2019.

¹⁹¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão nº 185/2019-Plenário**. Relator: Ministro Benjamin Zymler. 2019.

¹⁹² BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. **O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 203-224, nov., 2018, p. 217.

¹⁹³ *Ibidem*, pp. 215-220.

dispositivo com o ordenamento jurídico brasileiro e a sua potencial efetividade para a solução do “apagão das canetas”.

3.4.1. INCOMPATIBILIDADE COM O ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A principal crítica direcionada ao artigo 28 da LINDB foi levantada no parecer elaborado pela Consultoria Jurídica do TCU sobre o PL nº 7.448/2017,¹⁹⁴ no qual afirmou existir incompatibilidade entre o dispositivo e o artigo 37, § 6º da CF/88,¹⁹⁵ que dispõe:

Art. 37. [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Segundo o órgão do Tribunal, a CF/88 não apontaria “qualquer exigência adicional, além do dolo ou da culpa, para se exercer o direito de regresso contra o agente público causador de um dano ao erário”.¹⁹⁶ Assim, a previsão no sentido de haver a responsabilização do agente apenas em caso de dolo ou erro grosseiro ofenderia o texto constitucional.

Para abordar essa questão, Binenbojm e Cyrino afirmam que esse argumento estaria assentado na premissa de que os conceitos de culpa e de erro grosseiro seriam inconciliáveis, mas isso não estaria correto. A uma, porque, na jurisdição brasileira, o erro passível de gerar responsabilização seria aquele decorrente de culpa, devendo o engano “ser perdoado”. A duas, a Constituição adotaria conceito amplo de culpa, não definindo parâmetros de grau ou intensidade para a responsabilização de agente público. Nesse sentido, a crítica da Consultoria Jurídica do TCU estaria adotando “uma versão de maximalismo constitucional

¹⁹⁴ OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. **Parecer sobre o PL 7448/2017, em face do parecer-resposta dos autores do PL e de outros juristas**. TC 012.028/2018-5. 2018, pp. 51-52

¹⁹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: 05 out. 1988.

¹⁹⁶ OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. **Parecer sobre o PL 7448/2017, em face do parecer-resposta dos autores do PL e de outros juristas**. TC 012.028/2018-5. 2018, p. 52.

incompatível tanto com a letra expressa da Lei Maior, quanto com uma visão aberta e democrática do constitucionalismo”.¹⁹⁷

A adoção da designação “erro grosseiro” pela LINDB revelaria legítima opção legislativa no sentido de modular o conceito de “culpa” disposto na CF/88 e, portanto, respeitaria os limites de livre conformação concedidos pelo constituinte.¹⁹⁸ Assim, como dito anteriormente, o erro grosseiro remeteria à forma como a culpa deverá ser valorada para que resulte em responsabilização do agente público.

Inclusive, a modulação do conceito de “culpa” contido na CF/88 também foi realizada no artigo 143 do CPC,¹⁹⁹ no qual se regulamentou as hipóteses de responsabilização pessoal de magistrados e se dispôs acerca das condições em que os membros dessa categoria deverão responder por perdas e danos, havendo exigência de maior gravidade para isso:²⁰⁰

Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias.

Ainda se tratando da crítica colocada pela Consultoria Jurídica do TCU, mesmo que não seja admitido o argumento de que o erro grosseiro seria forma de valoração da culpa,²⁰¹ nota-se que existem argumentos no sentido de que, reputando-se ao “direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”,²⁰² o texto do artigo 37, § 6º da CF/88 estaria se referindo ao ressarcimento dos cofres públicos

¹⁹⁷ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. **O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 203-224, nov., 2018, p. 216.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 217.

¹⁹⁹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: 17 mar. 2015.

²⁰⁰ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. **O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 203-224, nov., 2018, p. 217.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 217.

²⁰² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: 05 out. 1988.

no exercício de direito de regresso por parte do Estado, garantindo a observância dos princípios constitucionais da eficiência e da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário.²⁰³

Diante dessa concepção, o artigo 28 da LINDB trataria apenas do direito sancionador da Administração Pública, referindo-se às condições que sujeitam a aplicação de sanções aos gestores públicos e pareceristas.²⁰⁴ Em outras palavras, o escopo de incidência do dispositivo ora em análise seria o direito sancionador, não se confundindo com a imputação de débitos em razão do dever de ressarcimento ao erário.²⁰⁵

Quando considerados os argumentos supracitados, poder-se-ia sustentar que a questão envolvendo o suposto conflito entre a LINDB e a CF/88 estaria superada, considerando que o artigo 28 da LINDB representaria modulação lícita da forma como a culpa deve ser valorada para fins de responsabilização de agentes públicos. Além disso, em concepção mais abrangente, também não haveria conflito com o texto constitucional, já que a LINDB abordaria apenas o direito sancionador do Estado, restando a possibilidade de ressarcimento ao erário ao qual faz referência o texto constitucional.

3.4.2. AMBIENTE PROPÍCIO AO SURGIMENTO DE GESTORES RUINS

Outro embate trazido por parecer emitido pela Consultoria Jurídica do TCU consiste na arguição de que o artigo 28 da LINDB seria utilizado por gestores “mal-intencionados e até por alguns bem intencionados, mas de perfil acomodado, para simplesmente permanecerem em suas zonas de conforto ou, o que é mais preocupante, adotarem uma conduta [...] negligente, imprudente e imperita”.²⁰⁶

Contrapõe essa crítica o argumento de que demarcar as hipóteses nas quais haverá responsabilização de agentes públicos tenderia a resultar em uma

²⁰³ CRUZ, Alcir Moreno da; BORGES, Mauro. **O erro grosseiro e a abrangência do art. 28 na LINDB**. JOTA. Publicado em: 10 mai. 2018.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. **Parecer sobre o PL 7448/2017, em face do parecer-resposta dos autores do PL e de outros juristas**. TC 012.028/2018-5. 2018, p. 52.

atuação mais efetiva por parte dos órgãos de controle. Essa finalidade seria alcançada uma vez consideradas as limitações materiais e cognitivas do controle, o custo embutido em modelos de controle com escopo abrangente, a desestimulação da atração de gestores inovadores decorrente do quando de insegurança jurídica e os desvios, excessos e abusos que podem resultar do controle fundado em bases muito amplas e sem limites claros.²⁰⁷

3.4.3. CONFLITO COM A LEI Nº 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA)

Também haveria ponto de conflito entre o artigo 28 da LINDB e o artigo 10 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa),²⁰⁸ considerando a previsão de que bastaria modalidade culposa de ação ou omissão para a constituição de ato de improbidade administrativa, nos moldes previstos na referida lei:²⁰⁹

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...]

Ocorre que o artigo 28 da LINDB – introduzido pela Lei nº 13.655/2018 –, como lei posterior e de mesma hierarquia²¹⁰ que a Lei de Improbidade Administrativa, teria operado “a sua derrogação parcial, para redefinir as modalidades de ato ímprobo que admitem a modalidade culposa e passar a exigir a configuração de erro grosseiro”.²¹¹

²⁰⁷ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. **O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 203-224, nov., 2018, pp. 218-219.

²⁰⁸ BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial da União: 03 jun. 1992.

²⁰⁹ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. **O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 203-224, nov., 2018, p. 219.

²¹⁰ Cumpre ressaltar que essa concepção é passível de críticas, uma vez que poder-se-ia considerar o artigo 28 da LINDB como norma de interpretação geral e, assim, a Lei nº 8.429/1992 deveria ser aplicada por critério de especialidade.

²¹¹ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. **O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 203-224, nov., 2018, p. 219.

Esse entendimento já havia sido firmado pela jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), por meio do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1585939/PB,²¹² no qual considerou indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja pelo menos eivada de culpa grave para a incidência do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

Nesse sentido, apesar de à primeira vista haver conflito com o texto do artigo 10 da Lei nº 8.429/1992, a LINDB estaria sedimentando conclusão jurisprudencial do STJ, assim como determinando a insubsistência parcial do dispositivo em questão e, conseqüentemente, impedindo que ocorresse a condenação por improbidade administrativa em caso de simples culpa.²¹³

3.4.4. DESNECESSIDADE DO ARTIGO 28 DA LINDB PARA AFASTAR O CRIME DE HERMENÊUTICA

Por fim, alegou-se que o artigo 28 da LINDB seria desnecessário para afastar o “crime de hermenêutica”, uma vez que haveria entendimento pacificado no TCU a respeito da não responsabilização dos técnicos e dos advogados, nem, em consequência, das autoridades que se basearam em seu parecer, nas situações em que esse teria sido devidamente fundamentado, defendendo tese aceitável e alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência.²¹⁴

Apesar de ser clara a impossibilidade de responsabilização de agente público em função de parecer elaborado nas condições descritas acima, é necessário levar em consideração que a realidade fática do Brasil apontaria para um quadro de ampla condenação pelo chamado “crime de hermenêutica”.²¹⁵ Portanto, a importância desse dispositivo restaria no argumento de que, só com a previsão expressa exigindo o erro grosseiro para configuração de responsabilidade, impedir-se-ia a sanção de

²¹² SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgInt no REsp 1585939/PB**. Primeira Turma. Relator: Ministro Sérgio Kukina. DJ: 02 out. 2018. 2018.

²¹³ FERRAZ, Luciano. **Alteração da LINDB revoga parcialmente Lei de Improbidade Administrativa**. Consultor Jurídico – CONJUR. Publicado em: 10 mai. 2018.

²¹⁴ OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. **Parecer sobre o PL 7448/2017, em face do parecer-resposta dos autores do PL e de outros juristas**. TC 012.028/2018-5. 2018, p. 56.

²¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **PL 7448/2017 e sua importância para o Direito brasileiro**. JOTA. Publicado em: 18 abr. 2018.

agentes públicos por entendimentos razoáveis que, posteriormente, não venham a ser acolhidos pelos órgãos de controle.²¹⁶

3.5. COMPATIBILIDADE DO ARTIGO 28 COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme exposto ao longo deste trabalho, o contexto de constitucionalização do direito administrativo e de democratização da atividade administrativa influenciaram o caminho legislativo que culminou no artigo 28 da LINDB, mas resta o questionamento: esse dispositivo seria compatível com o ordenamento jurídico brasileiro?

Considerando que a Administração Pública vem buscando se assentar em bases mais democráticas e legítimas, com vistas a garantir uma interação menos impositiva frente aos administrados e gerar maior segurança jurídica, o artigo 28 da LINDB parece se postar como ferramenta adequada para esse objetivo. Isso porque esse dispositivo veio para possibilitar ao agente público que desempenhe suas funções de forma adequada, sem temer punição por parte dos órgãos de controle.²¹⁷

A respeito de suposta incompatibilidade com a CF/88, o artigo 28 da LINDB representaria modulação lícita da forma como a culpa deve ser valorada para fins de responsabilização de agentes públicos²¹⁸ e, em concepção mais abrangente, abordaria apenas o direito sancionador do Estado, restando a possibilidade de ressarcimento ao erário ao qual faz referência o texto constitucional.²¹⁹ De qualquer forma, a suposta incompatibilidade com o texto constitucional estaria superada.

Ademais, mesmo quando registrados conflito com norma de mesmo grau hierárquico, esse dispositivo teria o condão de firmar entendimento jurisprudencial,

²¹⁶ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. **O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 203-224, nov., 2018, p. 219.

²¹⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. **Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017**. 2018, pp. 26-28.

²¹⁸ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. **O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 203-224, nov., 2018, p. 217.

²¹⁹ CRUZ, Alcir Moreno da; BORGES, Mauro. **O erro grosseiro e a abrangência do art. 28 na LINDB**. JOTA. Publicado em: 10 mai. 2018.

como é o caso envolvendo a Lei de Improbidade Administrativa, restando essa parcialmente revogada.²²⁰

Isso posto, é possível concluir que o artigo 28 da LINDB reflete as lógicas doutrinária, legislativa e jurisprudencial que permeiam o ordenamento brasileiro, funcionando como instrumento de formalização de tendências voltadas a atrair agentes públicos com atitudes mais inovadoras e, em certa medida, de mitigação do “apagão das canetas”.

3.6. PERSPECTIVAS PARA O FUTURO E O DECRETO Nº 9.830/2019

Constatada a compatibilidade do artigo 28 da LINDB com o ordenamento jurídico brasileiro, vale a pena conjecturar sobre as perspectivas para a implementação desse dispositivo no país.

Se, por um lado, esse dispositivo corre o risco de “não pegar” em razão de elevada resistência por parte dos órgãos de controle, podendo se tornar letra-morta,²²¹ por outro poderia representar solução para incrementar a segurança jurídica e a inovação no Brasil, contribuindo para a mitigação do “apagão das canetas”, isto é, o receio que aflige os agentes públicos ao tomarem decisões ou adotarem entendimentos que podem não ser acolhidos pelos órgãos de controle.

Isso posto, favorece o cenário de incorporação do dispositivo em questão a publicação do Decreto nº 9.830,²²² da Presidência da República, editado em 10 de junho de 2019, com o intuito de regulamentar os artigos 20 a 30 da LINDB. Ressalva-se, contudo, que, em razão de esse diploma ser muito recente, ainda não existem estudos a seu respeito, não sendo possível partir do pressuposto de que ele não será eventualmente questionado ou até revogado.

²²⁰ FERRAZ, Luciano. **Alteração da LINDB revoga parcialmente Lei de Improbidade Administrativa**. Consultor Jurídico – CONJUR. Publicado em: 10 mai. 2018.

²²¹ Letra-morta seria a lei que não possui mais valor prático, embora ainda vigore.

²²² BRASIL. **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019**. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: 11 jun. 2019.

Dentre outras disposições, o referido Decreto introduziu previsões acerca da responsabilização de agente público, discorrendo sobre: as hipóteses de responsabilização quando constatado dolo ou erro grosseiro (artigo 12); o direito de regresso previsto no artigo 37, § 6º da CF/88 (artigo 14); a possibilidade de aplicação de sanções previstas em normas disciplinares (artigo 17); e o caráter vinculativo de pareceres, orientações normativas e enunciados de diversos órgãos públicos (artigos 20 a 23).

O artigo 12 do Decreto nº 9.830/2019,²²³ por meio de seus parágrafos, aprofunda os termos contidos no artigo 28 da LINDB, assim como esclarece a sua aplicação. A uma, considera erro grosseiro “aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia” (§ 1º). A duas, caso não exista nos autos do processo de responsabilização situação ou circunstância fática capaz de caracterizar dolo ou erro grosseiro, esses não serão configurados (§ 2º). A três, salvo comprovado dolo ou erro grosseiro, o mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implicará responsabilização (§ 3º). A quatro, independente da expressividade do montante do dano ao erário, esse não poderá, por si só, ser elemento capaz de caracterizar erro grosseiro (§ 5º). A cinco, a responsabilização por opinião técnica não se estende automaticamente ao decisor que a utilizou para decidir, salvo quando estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir dolo ou erro grosseiro da opinião técnica ou quando houver conluio entre os agentes (§ 6º). A

²²³ “Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções: § 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia. § 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro. § 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público. § 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público. § 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo. § 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes. § 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo. § 8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais” (BRASIL. **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019**. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: 11 jun. 2019)

seis, no exercício do poder hierárquico, a culpa *in vigilando* só configurará responsabilização daquele agente cuja omissão caracterizar dolo ou erro grosseiro (§ 7º). Por fim, a sete, as disposições do artigo 12 do Decreto nº 9.830/2019 não eximem o agente público de atuar com diligência e com eficiência no cumprimento de suas competências (§ 8º).

Pelo que se pode extrair desse dispositivo, há deferência em relação à limitação de responsabilização do agente público apenas nos casos em que for configurado dolo ou erro grosseiro nos autos processuais. Também revela conceituação de erro grosseiro compatível com o parâmetro do homem médio e esclarece que sua caracterização independe de simples comprovação de nexo de causalidade e da expressividade do montante do dano ao erário. Além disso, esse dispositivo contrapõe a jurisprudência do TCU²²⁴ quando limita a responsabilização de forma automática de agente público que decidiu com base em opinião técnica.

Passando para o artigo 14 do Decreto nº 9.830/2019,²²⁵ foi estabelecido que o direito de regresso previsto no artigo 37, § 6º da CF/88 só ocorreria nas hipóteses de o agente público ter agido com dolo ou erro grosseiro. Essa disposição permite duas interpretações: (i) esse dispositivo se refere apenas ao direito sancionador do Estado; ou (ii) também estaria abarcando o dever de ressarcimento ao erário, além do direito sancionador. Assim, caso considerada a primeira interpretação, haveria correspondência entre esse dispositivo e uma concepção mais abrangente do artigo 28 da LINDB. Contudo, sendo considerada a segunda interpretação, essa representaria limitação ao dever de ressarcimento ao erário, podendo se tornar alvo de questionamentos no futuro.

²²⁴ O Tribunal possui jurisprudência pacificada no sentido de que o fato de administrador seguir pareceres técnicos e jurídicos não o torna imune à responsabilização pelo TCU, salvo quando a matéria for extremamente técnica e de difícil detecção pelo responsável, uma vez que têm a obrigação de analisar a correção do conteúdo desses documentos. Sobre esse entendimento: Acórdão 723/2005-Plenário; Acórdão 1001/2015-Plenário; Acórdão 2871/2014-Plenário; Acórdão 1922/2017-Plenário; e Acórdão 6414/2018-Primeira Câmara.

²²⁵ “Art. 14. No âmbito do Poder Executivo federal, o direito de regresso previsto no § 6º do art. 37 da Constituição somente será exercido na hipótese de o agente público ter agido com dolo ou erro grosseiro em suas decisões ou opiniões técnicas, nos termos do disposto no art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, e com observância aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade” (BRASIL. **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019**. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: 11 jun. 2019).

No que diz respeito ao artigo 17 do Decreto,²²⁶ há previsão impedindo o afastamento da aplicação de sanções previstas em normas disciplinares mesmo que não configurado dolo ou erro grosseiro do agente público, sendo que as sanções disciplinares incidiriam mesmo nos casos de ação ou de omissão culposas de natureza leve. Percebe-se nesse dispositivo, portanto, preocupação com a manutenção do dever disciplinar da Administração Pública.

Por fim, o Decreto em análise introduziu previsões destinadas a delinear o caráter vinculativo de pareceres do Advogado-Geral da União (artigo 20), das consultorias jurídicas e dos órgãos de assessoramento jurídico da Advocacia-Geral da União (artigo 21), assim como das orientações normativas elaboradas por autoridade que representa órgão central de sistema (artigo 22) e dos enunciados de autoridade máxima de órgão ou da entidade da administração pública (artigo 23).²²⁷ Essas previsões demonstrariam tentativa de esclarecer a discussão envolvendo a responsabilização de pareceristas quando suas opiniões técnicas forem vinculantes.

Embora o Decreto nº 9.830/2019 possa ser passível de críticas – até pelo fato de tentar regular norma orientadora do Direito e de ainda não haver estudos a seu respeito, podendo ser eventualmente questionado ou até revogado –, o fato é que esse diploma representa indicativo favorável à aplicação do artigo 28 da LINDB no direito brasileiro.

Cabe ressaltar, por fim, a necessidade de se evitar um cenário de deturpação do artigo 28 da LINDB, no qual o referido dispositivo venha a ser utilizado

²²⁶ "Art. 17. O disposto no art. 12 não afasta a possibilidade de aplicação de sanções previstas em normas disciplinares, inclusive nos casos de ação ou de omissão culposas de natureza leve" (BRASIL. **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019**. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: 11 jun. 2019).

²²⁷ "Art. 20. O parecer do Advogado-Geral da União de que tratam os art. 40 e art. 41 da Lei Complementar nº 73, 10 de fevereiro de 1993, aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União juntamente com o despacho presidencial, vincula os órgãos e as entidades da administração pública federal, que ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. [...]"

Art. 22. A autoridade que representa órgão central de sistema poderá editar orientações normativas ou enunciados que vincularão os órgãos setoriais e seccionais. [...]

Art. 23. A autoridade máxima de órgão ou da entidade da administração pública poderá editar enunciados que vinculem o próprio órgão ou a entidade e os seus órgãos subordinados.

Art. 24. Compete aos órgãos e às entidades da administração pública manter atualizados, em seus sítios eletrônicos, as normas complementares, as orientações normativas, as súmulas e os enunciados a que se referem os art. 19 ao art. 23" (BRASIL. **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019**. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: 11 jun. 2019).

para permitir comportamentos ímprobos e desonestos. Isso porque o objetivo desse dispositivo é justamente o oposto, ou seja, resguardar o agente público com boas intenções no exercício de suas competências para melhor atender ao interesse público, assim como o parecerista que emite sua opinião fundada em argumentos adequados.

CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito no Brasil, positivado formalmente no texto da CF/88, introduziu significativas mudanças na disciplina do direito administrativo e na atuação da Administração Pública. Isso porque, em razão do fenômeno de constitucionalização do direito, houve a superação e a reformulação de certos paradigmas clássicos dessa disciplina. Concomitante, incidiu na Administração Pública o fenômeno da democratização da atividade administrativa, marcado pela abertura à participação do administrado no seu processo de tomada de decisões e pela busca de bases mais legítimas e democráticas.

A democratização da atividade administrativa, inclusive, clamou pela processualização da atividade administrativa, concretizada na Lei nº 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo), iniciando a trajetória legislativa que resultaria na necessidade da criação de uma lei introdutória ao direito público.

Como primeiro marco legal, a Lei do Processo Administrativo introduziu relevantes marcos para a disciplina administrativa, impedindo investidas arbitrárias da Administração Pública – que deve observar o processo administrativo –, prevendo amplo rol de legitimados como interessados no processo e fazendo previsões a respeito das hipóteses de anulação, revogação e convalidação de atos administrativos. Todas essas medidas contribuiriam para consolidar um ambiente de maior previsibilidade para os administrados, no qual participam da formação das decisões administrativas.

O segundo marco, a Lei nº 12.376/2010, veio com o objetivo de fazer com que a Lei de Introdução ao Código Civil refletisse sua real abrangência. Assim, considerando que a LICC engloba todo o ordenamento jurídico brasileiro, sua

designação foi alterada para “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”. Essa mudança, apesar de simples, viria a abrir espaço para o surgimento de disposições concernentes a uma lei de introdução ao direito público.

O terceiro e último marco foi a Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), enquanto norma supletiva e/ou subsidiária ao processo administrativo, uma vez que a reestruturação desse código processual reforçou preceitos já aplicados pelo processo administrativo e instaurou novas hipóteses de incidência normativa, promovendo uma lógica cooperativa e de proteção à dignidade da pessoa humana.

Apesar dos mencionados diplomas terem incorporado maior densidade ao direito administrativo e aos seus institutos, houve, na prática, um retrocesso em termos de segurança jurídica, decorrente da sobreposição de competências no direito brasileiro. Portanto, constatou-se que a solução para esse quadro residia na criação de uma lei nacional e geral de direito público, destinada a incrementar a segurança jurídica e a eficiência da atuação estatal.

Diante desse contexto, surgiu a Lei nº 13.655/2018, inserindo na LINDB inovações referentes a três grupos temáticos, quais sejam: (i) clareza normativa (artigos 29 e 30 da LINDB); (ii) responsabilidade do agente por “crime de hermenêutica” (artigos 22 e 28 da LINDB); e (iii) invalidade do ato administrativo (artigos 20, 21, 23, 24, 26 e 27 da LINDB).

Dentre essas inovações, destacou-se aquela do artigo 28 da LINDB, a chamada “cláusula geral do erro administrativo”, introduzindo previsões atinentes ao impedimento da responsabilização de agentes públicos em caso de revisão de suas decisões ou orientações técnicas, salvo quando configurado dolo ou erro grosseiro.

Um dos fenômenos fundamentais à criação do artigo 28 da LINDB, o titulado “apagão das canetas”, consiste no receio que aflige os agentes públicos ao tomarem decisões ou adotarem entendimentos que podem não ser acolhidos pelos órgãos de controle e, conseqüentemente, gerarem sanções pessoais. Acerca da existência desse fenômeno, existe debate no qual, de um lado, afirma-se terem aumentado em quantidade e em severidade as sanções aplicadas pelos órgãos de controle, de outro, os órgãos de controle – como o TCU – têm argumentado ser esse fenômeno mera percepção dos agentes públicos, não impedindo suas decisões.

Ocorre que, independentemente de se considerar o “apagão das canetas” como mera percepção, essa ainda não poderia ser taxada como falácia ou mesmo ser ignorada, já que seu efeito é devastador para a atividade dos agentes públicos.

Isso posto, o artigo 28 da LINDB se apresenta como medida voltada a possibilitar o adequado desempenho das funções de agentes públicos, estabelecendo condições mais criteriosas para a revisão de suas decisões por órgãos de controle e se postando a pacificar discussão envolvendo as possibilidades de responsabilização de pareceristas em razão de suas opiniões técnicas. Assim, esse dispositivo seria possível medida mitigadora do referido “apagão das canetas”.

Com efeito, o dispositivo em análise estaria vedando o titulado “crime de hermenêutica”, consistente na punição de agente público que oferece entendimento divergente daquele posteriormente adotado por órgãos de controle.

Diante dessa finalidade, os conceitos jurídicos empregados no artigo 28 da LINDB podem ser definidos da seguinte forma: (i) “agente público” abrange todos os sujeitos que, no exercício de suas competências, lidam com a coisa pública; (ii) “decisões” reporta aos atos decisórios proferidos na esfera do direito público; (iii) “opiniões técnicas” compreende a manifestação de advogados públicos e procuradores no exercício de atividade consultiva; (iv) “dolo” remete à conduta de agente com intuito de afrontar probidade administrativa, por ação ou por omissão; e, por fim, (v) “erro grosseiro” remete ao equívoco que o homem médio não cometeria nas mesmas circunstâncias do agente público em questão, ainda que fosse entendido o erro grosseiro como culpa grave ou erro inescusável.

Como mencionado anteriormente, esse dispositivo tem como um de seus objetivos a pacificação de largo debate jurisprudencial acerca da responsabilização de pareceristas em razão de suas opiniões técnicas. No bojo dessa discussão, enquanto o STF firmou entendimento de que o parecerista deveria ser responsabilizado em caso de erro grosseiro, dolo (culpa *lato sensu*) ou quando opinião técnica possuir caráter obrigatório, o TCU concluiu no sentido de que haveria responsabilidade de quem elaborou parecer quando esse levou o gestor público à violação de princípio constitucional ou à prática de grave irregularidade ou ilegalidade, seja por dolo, culpa ou erro grosseiro.

Assim, considerando as previsões do artigo 28 da LINDB, é possível concluir que, ou o TCU estaria adotando a concepção de culpa *lato senso* utilizada nos julgados do STF, ou a sua jurisprudência não estaria pacificada em relação ao Supremo. De qualquer forma, o parecerista só poderia ser responsabilizado por opinião técnica nos casos em que for configurado dolo (culpa *lato sensu*), erro grosseiro ou quando seu parecer possuir natureza obrigatória, vinculando a decisão do gestor.

Esclarecida essa questão, ressaltam-se as críticas mais proeminentes dos órgãos de controle ao artigo 28 da LINDB: (i) a existência de contradição entre o dispositivo e o artigo 37, § 6º da CF/88; (ii) a possibilidade de essa previsão criar um ambiente propício ao surgimento de gestores ruins; (iii) a existência de conflito com a Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa); e (iv) a desnecessidade do texto do dispositivo para o afastamento do “crime de hermenêutica”.

Acerca de suposto conflito em relação ao artigo 37, § 6º da CF/88, o artigo 28 da LINDB representaria modulação lícita da forma como a culpa deve ser valorada para fins de responsabilização de agentes públicos. É o caso do artigo 143 do CPC – que trata da responsabilização de magistrados –, afastando-se, portanto, o argumento de incompatibilidade. Em concepção mais abrangente, também não haveria conflito com o texto constitucional, já que a LINDB abordaria apenas o direito sancionador do Estado, restando a possibilidade de ressarcimento ao erário ao qual faz referência o texto constitucional.

Sobre o questionamento da criação de ambiente favorável a gestores ruins, trata-se de receio infundado, já que demarcar as hipóteses nas quais haverá responsabilização de agentes públicos resultaria em atuação mais efetiva dos órgãos de controle.

Quanto à crítica sobre suposto conflito entre o artigo 28 da LINDB e o artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, basta constatar que o primeiro dispositivo representaria lei posterior e de mesma hierarquia do segundo, resultando na insubsistência parcial da previsão contida na Lei de Improbidade Administrativa. Ademais, esse conflito também poderia ser solucionado pela jurisprudência pacificada no STJ, que tende para o lado do disposto na LINDB.

Ademais, acerca da desnecessidade do artigo 28 da LINDB para o afastamento do “crime de hermenêutica”, a realidade brasileira não permite a inexistência de dispositivo com previsão expressa exigindo o erro grosseiro para configuração de responsabilidade de agente público.

Por todas essas constatações, conclui-se que o artigo 28 da LINDB reflete as lógicas doutrinária, legislativa e jurisprudencial que permeiam o ordenamento brasileiro.

Por fim, prognosticando sobre as perspectivas para a implementação do referido dispositivo no cenário brasileiro, pode-se constatar que há o risco de o artigo 28 da LINDB não ser acolhido na atuação pragmática dos órgãos de controle e se tornar letra-morta. Entretanto, existem indícios capazes de apontar para a implementação da norma ao ordenamento brasileiro, uma vez que representaria importante medida para incrementar a segurança jurídica e a inovação no Brasil e para mitigar o fenômeno do “apagão das canetas”.

A conjectura atual caminha para a incorporação do artigo 28 da LINDB. É o caso do recente Decreto nº 9.830, da Presidência da República, editado em 10 de junho de 2019, com o intuito de, precisamente, regulamentar os conceitos e delinear cenários de aplicação do dispositivo em questão. Ressalva-se, todavia, que esse diploma ainda pode vir a ser alvo de questionamentos e eventual revogação.

Cabe ressaltar, contudo, a necessidade de se evitar um cenário de deturpação do artigo 28 da LINDB, no qual o referido dispositivo venha a ser utilizado para permitir comportamentos ímprobos e desonestos. Isso porque o objetivo desse dispositivo é justamente resguardar o agente público com boas intenções no exercício de suas competências para melhor atender ao interesse público, assim como o parecerista que emite sua opinião fundada em argumentos adequados.

“He was no longer scared of what tomorrow might bring because yesterday has brought it”.

– Neil Gaiman

REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo Lindorfer. **O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, pp. 107-135, out./dez., 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARBOSA, Rui. **Obras completas de Rui Barbosa**. Rio de Janeiro: Ministério de Educação e Saúde, 1896.

BARROSO, Luís Roberto. **A Constitucionalização do Direito e suas Repercussões no Âmbito Administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, pp. 31-63, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./mai., 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

_____. **Temas de direito administrativo e constitucional: artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. **O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 203-224, nov., 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>>. Acesso em: 28 mai. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: 05 out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 mai. 2019.

_____. **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019.** Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: 11 jun. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm>. Acesso em: 11 jun. 2019.

_____. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Diário Oficial da União: 09 set. 1942 (retificado 08 out. 1942 e retificado 17 jun. 1943). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 18 mai. 2019.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial da União: 03 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 04 jun. 2019.

_____. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União: 01 fev. 1999 (ratificado 11 mar. 1999). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 28 mai. 2019.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 mai. 2019.

_____. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.** Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União: 26 abr. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 28 mai. 2019.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **Art. 24 da LINDB - Irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 113-134, nov., 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77652>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Página Inicial / Atividade Legislativa / Projetos de Lei e Outras Proposições / Projeto de Lei nº 6.303/2005**. Altera a ementa do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. 2005. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=30838>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

_____. **Página Inicial / Atividade Legislativa / Projetos de Lei e Outras Proposições / Projeto de Lei nº 7.448/2017**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. 2017. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2130119>>. Acesso em: 28 mai. 2019.

CARVALHO, Guilherme. **O artigo 28 da LINDB é uma mera “bandeira branca”?** Migalhas. Publicado em: 25 mai. 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI296719,41046-O+artigo+28+da+LINDB+e+uma+mera+bandeira+branca>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. Revista de direito comparado, Belo Horizonte, v. 3, pp. 473-486, 1999.

CONGRESSO NACIONAL. **Dispositivos Vetados / Resultado / Documentos / Tramitação / Veto nº 15/2018 (Normas gerais de direito público)**. Veto Parcial apostado ao Projeto de Lei do Senado nº 349 de 2015 (nº 7.448/2017, na Câmara dos Deputados), que “Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e

eficiência na criação e na aplicação do direito público”. 2018. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/11782>>. Acesso em: 28 mai. 2019.

CRUZ, Alcir Moreno da; BORGES, Mauro. **O erro grosseiro e a abrangência do art. 28 na LINDB**. JOTA. Publicado em: 10 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-erro-grosseiro-e-a-abrangencia-do-art-28-na-lindb-10052018>>. Acesso em: 09 jun. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. (atualizada por Gustavo Binenbojm) Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **A Constitucionalização do Direito Administrativo e as Políticas Públicas**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, pp. 271-290, abr./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/viewFile/532/513>>. Acesso em: 28 mai. 2019.

FERRAZ, Luciano. **Alteração da LINDB revoga parcialmente Lei de Improbidade Administrativa**. Consultor Jurídico – CONJUR. Publicado em: 10 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/interesse-publico-alteracao-lindb-revoga-parcialmente-lei-improbidade>>. Acesso em: 09 jun. 2019.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

INFRA2038. **Segurança Jurídica na Gestão – A Influência dos Órgãos de Controle na Tomada de Decisão pelos Gestores**. Brasília, 2019, p. 39. Disponível em: <<https://www.infra2038.org/seguranca-juridica-na-gesta>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

JORDÃO, Eduardo. **A relação entre inovação e controle da administração pública**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte,

ano 18, n. 72, pp. 133-146, 2018. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/download/928/728>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

_____. **Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 63-92, nov., 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650/74313>>. Acesso em: 30 mai. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 13-41, nov., 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648/74311>>. Acesso em: 30 mai. 2019.

_____. **O direito administrativo de espetáculo.** Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun., 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57927>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

_____. **PL 7448/2017 e sua importância para o Direito brasileiro.** JOTA. Publicado em: 18 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-justen/pl-7448-2017-e-sua-importancia-para-o-direito-brasileiro-18042018>>. Acesso em: 09 jun. 2019.

KRELL, Andreas J. **Discrecionalidade Administrativa, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Controle Judicial.** Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. Recife, v. 8, 2004.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 1997.

MARQUES, Marcelo Henrique Pereira. **Administração pública democrática.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 273, p. 199-235, set., 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66661>>. Acesso em: 28 mai. 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Art. 23 da LINDB - O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, pp. 93-112, nov., 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77651>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. **O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto.** Consultor Jurídico – CONJUR. Publicado em: 25 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto>>. Acesso em 04 jun. 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari; DALLARI, Adilson de Abreu; MARTINS, Ives Gandra da Silva; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MEDAUAR, Odete; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; JUSTEN FILHO, Marçal; CARRAZZA, Roque; BINENBOJM, Gustavo; ALMEIDA, Fernando Menezes de; ARAGÃO, Alexandre Santos de; SCAFF, Fernando Facury; CÂMARA, Jacintho Arruda; MONTEIRO, Vera Cristina Caspari; MOREIRA, Egon Bockmann; MENDONÇA, José Vicente Santos de; PEREZ, Marcos Augusto; PIOVESAN, Flavia; MODESTO, Paulo; ROSILHO, André Janjácomo; JORDÃO, Eduardo Ferreira; SCHIRATO, Vitor Rhein; CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. **Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017.** 2018. Disponível em: <http://www.ninc.com.br/img/pesquisa/arquivo_20180428170434_103.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2019.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. **O medo e o ato administrativo.** Direito do Estado. Publicado em: 01 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo.** Revista dos Tribunais, 2. ed. São Paulo, 2008.

_____. **Administração Pública: do ato ao processo.** In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas.** Belo Horizonte: Fórum, pp. 405-419, 2012.

_____. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann. **O novo Código de Processo Civil e sua aplicação no processo administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 273, pp. 313-334, set., 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66665>>. Acesso em: 28 mai. 2019.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Por uma sistematização da recente mudança da LINDB pela Lei nº 13.655/2018**. Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 7, n. 18, p. 13-30, mai./ago., 2018.

OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. **O que é o erro grosseiro da LINDB?** JOTA. Publicado em: 14 out. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-e-o-erro-grosseiro-da-lindb-14102018>>. Acesso em: 07 jun. 2019.

_____. **Parecer sobre o PL 7448/2017, em face do parecer-resposta dos autores do PL e de outros juristas**. TC 012.028/2018-5. 2018. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F62B15ED20162F95CC94B5BA4&inline=1>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

RITTNER, Daniel. **O apagão de canetas dos agentes públicos**. Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR. Publicado em: 02 ago. 2018. Disponível em: <<http://abar.org.br/valor-o-apagao-de-canetas-dos-agentes-publicos/>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

SENADO FEDERAL. **Anteprojeto do novo Código de processo Civil / Comissão de juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do novo Código de processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>>. Acesso em: 14 mai. 2019.

_____. **Atividade Legislativa / Projetos e Matérias / Pesquisas / Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015**. Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e

eficiência na criação e aplicação do direito público. 2015. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>>. Acesso em: 28 mai. 2019.

SILVA, José Afonso da. **O estado democrático de direito**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 173, pp. 15-24, jul., 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45920>>. Acesso em: 28 mai. 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do direito público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Uma lei geral inovadora para o Direito Público**. JOTA. Publicado em: 31 out. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/uma-lei-geral-inovadora-para-o-direito-publico-31102017>>. Acesso em: 19 mai. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. **Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle**. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança 24.073/DF**. Tribunal do Pleno. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ: 31 out. 2003. 2002. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000093521&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

_____. **Mandado de Segurança 24.584/DF**. Tribunal do Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 20 jun. 2008. 2007. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000003268&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

_____. **Mandado de Segurança 24.631/DF**. Tribunal do Pleno. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ: 01 fev. 2008. 2007. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000088139&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgInt no REsp 1585939/PB**. Primeira Turma. Relator: Ministro Sérgio Kukina. DJ: 02 out. 2018. 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1585939&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em: 09 jun. 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão nº 185/2019-Plenário**. Relator: Benjamin Zymmler. 2019. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/185%252F2019/%20/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/2/%20?uuid=bc682f90-8870-11e9-bcac-056bde393a06>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

_____. **Acórdão nº 1.628/2018-Plenário**. Relator: Ministro Benjamin Zymmler. 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1628%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=18f638a0-8a7f-11e9-a2cf-5fcb2b5afa40>. Acesso em: 09 jun. 2019. Também sobre o tema: Acórdão 2.860/2018-Plenário; e Acórdão 2.681/2019-Primeira Câmara.

_____. **Acórdão nº 1.656/2015-Plenário**. Boletim de Jurisprudência nº 90/2015. Relator: Ministro Substituto Marcos Bemquerer. 2015. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/publicacao/parecerista/%20/DTRELEVANCIA%20desc/5/%20?uuid=b845a820-8735-11e9-8f46-4352f4660aab>>. Acesso em: 04 jun. 2019

_____. **Acórdão nº 1.801/2007-Plenário**. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. 2007. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1801%252F2007/%20/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/2/%20?uuid=6cd7a290-8752-11e9-a3b6-a3215032752b>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

_____. **Acórdão nº 2.391/2018-Plenário**. Relator: Ministro Benjamin Zymmler. 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2391%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=18f638a0-8a7f-11e9-a2cf-5fcb2b5afa40>.

EVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=18f638a0-8a7f-11e9-a2cf-5fcb2b5afa40>. Acesso em: 05 jun. 2019. No mesmo sentido: Acórdão 2.924/2018-Plenário.

_____. **Acórdão nº 2.677/2018-Plenário**. Relator: Ministro Benjamin Zymler. 2018. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2677%252F2018/%20/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/2/%20?uuid=bc682f90-8870-11e9-bcac-056bde393a06>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

_____. **Acórdão nº 2.681/2019-Primeira Câmara**. Relator: Ministro Benjamin Zymler. 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2681%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/1/%20?uuid=18f638a0-8a7f-11e9-a2cf-5fcb2b5afa40>. Acesso em: 05 jun. 2019.

_____. **Acórdão nº 2.699/2019-Primeira Câmara**. Relator: Ministro Vital do Rêgo. 2019. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2699%252F2019/%20/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=bc682f90-8870-11e9-bcac-056bde393a06>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

_____. **Discussão do Projeto de Lei 7.448/2017**. Brasília: TCU, Secretária-Geral da Presidência (Segepres), 2018. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881E669CF7C50166EE5E12AA13CE>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

_____. **Informativo de Licitações e Contratos nº 340/2018**. Plenário. 2018. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/publicacao/parecer%2524/%20/DTR ELEVANCIA%20desc/6/%20?uuid=6cd7a290-8752-11e9-a3b6-a3215032752b>>. Acesso em: 04 jun. 2019.